Die Wahlfeststellung im geltenden Strafrecht.

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Helmut Nützel
aus München

Approbiert am 25. Januar 1937

Gedruckt
im Tageblatt-Haus Coburg
1937

1937/123

Referent: Univ.-Professor Dr. Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Großmutter

in Dankbarkeit zugeeignet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533908_0154

Inhaltsverzeichnis.

Seite:

Vorwort 11

I. Einführung.

§ 1. Rechtspolitische Bedeutung 13

§ 2. Rechtsgeschichtliche Entwicklung 15

II. Erläuterung des geltenden Rechtszustandes.

§ 3. Vorzug der eindeutigen Feststellung 18

§ 4. Die Identität der Tat 19

§ 5. Alternativität 22

§ 6. Keine straflose Möglichkeit 22

§ 7. Wahlfeststellung 23

§ 8. Plus-Minus-Verhältnisse 23

§ 9. Plus-Minus-Verhältnisse bei der Schuldgestaltung 24

§ 10. Abgrenzung von Realkonkurrenz und Idealkonkurrenz . . . 27

§ 11. Die reine Tatsachen-Alternativität 27

§ 12. Die reine Rechts-Alternativität 28

§ 13. Die Fälle der Tatsachen- und Rechtsalternativität 30

§ 14. Abhilfe in Fällen völlig verschiedener sittlicher und rechtlicher Bewertung 31

§ 15. Zuständigkeit 34

§ 16. Der Urteilssatz 36

§ 17. Das mildeste Gesetz 37

§ 18. Das mildeste Gesetz und die Teilnahme 38

§ 19. Das mildeste Gesetz und der Rückfall 38

§ 20. Rückwirkung des § 2 b RStGB 39

§ 21. Die Urteilsgründe 39

§ 22. Die Rechtskraft des Urteils 40

§ 23. Wiederaufnahme des Verfahrens 41

§ 24. Amnestie 42

§ 25. Strafregister und Kriminalstatistik 42

Literaturverzeichnis.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, begründet von Hugo Meyer. Neubearbeitet von Phil. Allfeld, 8. Aufl., Leipzig 1922.

Ancker: Die alternative Tatsachenfeststellung durch den Strafrichter. Diss. Tübingen 1934.

Arnold: Die Fragestellung an die Geschworenen. Der Gerichtssaal 1855, S. 189.

v. Bar: Recht und Beweis im Geschworenengericht. Hannover 1865. — Zur Lehre von den alternativen Fragen im schwurgerichtlichen Verfahren in GA. 1867, S. 569 ff.

Beling: Deutsches Reichsstrafprozeßrecht 1928.

Bennecke-Beling: Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts, Breslau 1900.

van Calker: Grundriß des Strafrechts. 3. Aufl. 1927.

v. Dassel: Wahlweise Tatsachenfeststellungen im Strafrecht. Diss. Göttingen 1923 (in Masch.-Schrift).

Denkschrift des preuß. Justizministers, nationalsozialistisches Strafrecht, 1933.

Die Novellen zum Strafrecht und Strafverfahren von 1935, mit Ausführungsvorschriften, erläutert von Leopold Schäfer, Rudolf Lehmann, Fritz Dörffler, Berlin 1936.

Die Strafrechtsnovelle vom 28. Juni 1935 und die amtlichen Begründungen zu diesem Gesetz.

Dohna Graf zu: Das Strafprozeßrecht, Berlin 1929, in: Z. Str. W. 1935, S. 576 ff.

Dünhaupt: Die alternative Entscheidung im Strafprozeß. Diss. Göttingen 1935.

Ehrhardt: Verurteilung auf Grund wahlweiser Tatsachenfeststellungen. Diss. Jena 1934.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Feisenberger: Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar zu —, Berlin und Leipzig 1926. Das Recht 1913, S. 47.

Fox: Alternativität im verurteilenden Erkenntnis des Strafrichters. Diss. Erlangen 1933.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen 1931; ein Nachtrag von E. Schäfer und Dohnanyi, Tübingen 1936.

Frank, Dr. Hans, Reichsminister: Geleitwort in Z. d. Ak. 1935, S. 89.

Freisler: Neugestaltung des Strafverfahrens und Strafvollzugs. Einiges über das zweckmäßige Maß der Bindung des Richters an gesetzliche Straftatbestände, in D. Str. R. 1935, S. 1 ff., Schriften der Ak. f. dt. R. No. 2.

Gerig: Die Wahlfeststellung des Sachverhalts im deutschen und österreichischen Strafprozeß. Diss. Jena 1934.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin u. Leipzig 1922.

— Der Deutsche Strafprozeß. Mannheim, Berlin, Leipzig 1927.

Geyer: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts, 1880.

Glaser: Handbuch des Strafprozesses, III. Bd., Leipzig 1907.

Gleispach: Grundsätzliches zum kommenden deutschen Strafrecht, in: DJZ. 1935, Spalte 5.

Grünhut: Alternative Tatsachenfeststellung im Strafprozeß, in: M. Schr. Krim.-Psych. 1934, S. 327 ff.

Gürtner: Das kommende deutsche Strafrecht, Bd. I, Allg. Teil, 2. Auflage 1935; Bericht über die Arbeit der amtl. Strafrechtskommission, herausgegeben vom Reichsjustizminister Dr. Franz Gürtner.

Hahn: Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Febr. 1877, Berlin 1880.

Hauck: Das Problem der alternativen Feststellung im Strafrecht. Diss. Köln 1936.

Hepp: Die wahldeutige Feststellung von Straftaten im Steuerstrafverfahren und im Besteuerungsverfahren: Z. f. Z. 1935, S. 470 ff.

v. Hippel: Deutsches Strafrecht, 2. Bd., Berlin 1930.

v. Holtzendorff: Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, II. Bd. 1879.

Hubernagel: Das Alternativ-Strafurteil als Doppelwirkung, in: Deutsches Strafrecht 1934, S. 329 ff.

Jellinek: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905. S. 193 ff.

Klee: Nationalsozialistisches Strafrecht, in: G. A. Bd. 77, S. 321 ff..

— in: D. J. Z. 1935, S. 1473.

Köhler: Deutsches Strafrecht, allgemeiner Teil. Leipzig 1917.

Kohlrausch: Das kommende deutsche Strafrecht, in Z. Str. W., Bd. 55, S. 384.

v. Kries: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg i. B. 1898.

Kroschel: Die Abfassung der Urteile in Strafsachen. Berlin 1933, 11. Aufl.

Krug: In Zeitschr. d. Akademie 1935, S. 99: Drei Grundprobleme des kommenden Strafrechts.

v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1. Bd., Einleitung und allgemeiner Teil, 26. Aufl. 1932.

v. Lilienthal: Strafprozeßrecht. Berlin 1929.

Lobe: Alternative Tatbestände, in: G. S. 1934, S. 161 ff.

Loewe-Hellweg-Rosenberg: Kommentar zur Strafprozeßordnung, 19. Aufl. 1934, Ergänzungsbuch 1936.

Lücking: Alternative Anklage und Verurteilung, in G. A. 1927, S. 161 ff.

Mayer-Hellmuth: Besprechung eines Urteilsentwurfs, in JW. 1934, S. 294.

Lehmann, Rudolf: Verhütung ungerechter Freisprechungen durch Zulassung der Wahlfeststellung, in: D. J. 1935, S. 1000 ff.

— Die Strafprozeßnovelle vom 28. Juni 1935, in: JW. 1935, S. 2327 ff.

Mezger: Lehrbuch des Dt. Strafrechts, 2. Aufl. München und Leipzig 1933.

— Deutsches Strafrecht, ein Leitfaden, Berlin 1936.

— in: D. J. Z. 1936, S. 601.

Mitteilungen aus den Schwurgerichts-Verhandlungen in: G. A. 1853, S. 203, 364, 537.

Mittermaier: Erfahrungen über die Wirksamkeit der Schwurgerichte in Deutschland. In: G. S., Bd. I, S. 211, 391; Bd. II, S. 214.

Nagler: Die Grundlagen der Rechtserneuerung, in: Dt. R. 1934, S. 52.

Neumann: System der strafprozessualen Wiederaufnahme. Berlin-Grunewald 1932.

Niethammer: Zulässigkeit der Verurteilung wegen Diebstahls oder Hehlerei, in: D. R. Z. 1934, S. 167 ff.

Nüse: Das Problem der Zulässigkeit von Alternativ-Schuldfeststellungen im Strafprozeß, 1933. Heft 324 d. Strfr. Abhdlg.

— in: JW. 1934, S. 185.

— in: JW. 1934, S. 463 ff.

Oetker: Alternative Schuldfeststellungen in: G. S. 1935, Bd. 106, S. 401 ff.; in: G. S. 1936, Bd. 107, S. 273 ff.; Grundproblem der nationalsozialistischen Strafrechtsreform in: Franks nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, S. 1319 ff., 2. Aufl. 1935.

— Zur Reform der Strafprozeßordnung, . . . Beschlüsse des Strafprozeßausschusses der Akademie in Z. d. A. 1936, S. 215.

v. Olshausen: Kommentar z. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl. 1927, II. Bd.

— Ergänzungsband hierzu von Freiesleben-Kirchner-Niethammer, Berlin 1936.

Ostern: Die Alternativität bei strafprozessualen Willenserklärungen, 1902, H. 44 d. Strfr. Abhdlg. u. Diss., Breslau 1902.

Pfundtner-Neubert: Das neue deutsche Reichsrecht, Bd. II c.

Rössing: Zur Aenderung der Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Zulässigkeit wahldeutiger (alternativer) Feststellungen im Strafverfahren, in: Z. f. Z. 1935, S. 204.

Rumpf: Der Strafrichter, Heft 1: die tatsächlichen Feststellungen und die Strafrechtstheorie, 1912; Der Strafrichter, Heft 2: praktische Strafrechtsprobleme 1913.

Reichsstrafgesetzbuch von Ebermayer-Lobe-Rosenberg, 30. Aufl., Berlin und Leipzig 1925.

Schäfer, Ernst: Berichte in: D. J. 1935, S. 773, 952, 1515.

— in: Frank-Kommentar, Nachtr., S. 191—195.

— in: D. J. 1935, S. 991.

Schäfer, Karl: Das Gesetz zur Aenderung des Strafgesetzbuchs in: JW. 1935, S. 2323 ff.

— Strafrecht im Zeichen des Umbruchs in: die Polizei 1935, S. 511 ff.

— nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, in: Gürtner, das kommende deutsche Strafrecht, allgem. Teil, 2. Aufl., S. 200 ff.

Schäfer, Leopold: Die großen Novellen zum Strafrecht und Strafverfahren vom 28. Juni 1935, in: R. Verw. Bl. 1935, S. 869 ff.

— in: DJ. 1935, S. 994.

Schaffstein: Die Zulässigkeit der alternativen Tatbestandsfeststellung im Strafprozeßrecht, in: JW. 1934, S. 531 ff.

— Anmerkung in JW. 1934, S. 2049.

— Die Alternativfeststellung und ihr rechtspolitischer Gehalt in: DJZ. 1934, S. 1174 ff.

— Die weltanschaulichen Grundlagen der deutschen Strafrechtsentwicklung, in: ZdAk. 1935, S. 106.

— in: JW. 1936, S. 195.

— Nationalistisches Strafrecht in: ZfStrW. Bd. 53, S. 603 ff.

Scanzoni: Darf der Strafrichter trotz Zweifel schuldig sprechen? in: JW. 1928, S. 2181.

Schwarz, Friedrich: Wahlfeststellungen im Strafverfahren nach geltendem und kommendem Recht in: Strfr. Abhdlg. H. 368, Breslau-Neukirch 1936.

Schwarz, Otto: Kommentar zum Strafgesetzbuch, München-Berlin 1935.

— in: GS. 1935, S. 257. A II.

— die Strafrechtsnovellen vom 28. 6. 1935, A. II: die wahlweise Feststellung.

— Der neue Strafprozeß auf Grund des Gesetzes vom 28. VI. 1935 in: DJZ. 1935, S. 925 ff.

— Die jüngsten Strafrechtsnovellen als Pioniere der großen Strafrechtsreform in: ZdAk. 1936, S. 116 ff.

— Der Strafrichter als Rechtschöpfer in: DJZ. 1936, S. 209 ff.

— in: DJZ. 1936, S. 214.

Schmidt: Aus der Lehre vom milderen Strafgesetz im Sinne des § 2 Abs. II RStGB, Diss. Frankfurt am Main 1932.

Spohr: Wahlfeststellung im Steuerstrafrecht, in: Industrie und Steuer 1936, S. 59 ff.

Staks: Alternativfeststellung und Rückfall, in: JW. 1935, S. 2939.

v. Stemann: in: GA. 1854, Bd. II, S. 167 ff.

Thierack: Neues deutsches Strafrecht, in: DJZ. 1935, S. 913.

v. Tippelskirch: Ueber alternative Fragen und tatsächliche Feststellungen im Strafverfahren, in: GA. 1867, 15. Bd., S. 449 ff., 505 ff.

Urban: Die Grenzen der Zulässigkeit wahlweiser Tatsachenfeststellungen im Strafurteil, Diss. Erlangen 1935.

Wagenn: in: GA. 1896, S. 127.

Wagner: Ein Wendepunkt in der Strafrechtspflege, in: Der junge Rechtsgelehrte 1934, S. 81 ff.

Wied: Die alternative Feststellung im Strafrecht, in: Würzb. Abhdg. z. Dt, u. Ausl. Prozeßrecht, Heft 30, 1936.

Zeiler: Alternative Tatsachenfeststellung, in: DRZ. 1914, S. 521 u. 569 ff.

— Verurteilung auf Grund wahldeutiger Tatsachenfeststellung, in Zeitschrift für Strafrechtswissenschaften, 1918, S. 168 ff.

— Alternative Tatsachenfeststellung, in: DStZ. 1920, S. 291.

— Mut der tatsächlichen Feststellungen? — in: JW. 1930, S. 2522.

— in: ZStrW. 1921, Bd. 42, S. 665.

— noch einmal die Verurteilung auf Grund wahldeutiger Tatsachenfeststellungen, in: ZStrW. 1922, Bd. 43, S. 596.

— Strafurteile auf wahldeutiger Grundlage, in: DJ. 1934, S. 901 ff.

— Die Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage, in: DJ. 1936, S. 639 ff.

Vorwort.

Die vorliegende Arbeit ist mit Absicht auf das geltende Recht beschränkt. Ueber den Rechtszustand vor Erlaß der Strafrechtsnovelle vom 28. Juni 1935 und über die Rechtsentwicklung auf dem Gebiet der Wahlfeststellung wurde schon beachtlich viel geschrieben, sodaß nur mehr ein kurzer Ueberblick in Frage kam. Vorschläge für eine künftige Gesetzesgestaltung erscheinen dem Verfasser bei dem Zustand des geltenden Rechts überflüssig. Sie sind auch völlig zwecklos; denn niemand wird glauben, daß das vorliegende Gesetz eine Aenderung erfahren wird. Einzelnen krassen Grenzfällen, denen der Richter bei der nunmehr unbeschränkten Zulässigkeit von Wahlfeststellungen immer wieder begegnen wird, ist nur durch eine Auslegung des bestehenden Gesetzes, die den Sinn und Zweck der Wahlfeststellung ins Auge faßt, abzuhelfen: Auf keinen Fall wird das kommende Strafrecht für derartige Einzelfälle, etwa im Anschluß an § 2 b RStGB, eine bis ins einzelne gehende Kasuistik bringen.

Die Durcharbeitung des geltenden Rechtszustandes hat ergeben, daß noch gar manches nicht völlig klargelegt ist, insbesondere soweit die Natur der Wahlfeststellung an sich, die Tatidentität, die scheinbar reinen Rechtsalternativen, die Einstellung des Verfahrens in den Fällen der Wahlfeststellung und schließlich die Rechtskraft in den Fällen des § 2 b in Betracht kommen. In diesen Punkten hat die vorliegende Arbeit ihre besondere Aufgabe gesehen.

Die Arbeit erhebt dabei nicht den Anspruch der Lückenlosigkeit oder der unwiderlegbaren Richtigkeit aller in ihr vertretenen Auffassungen. Sie will jedoch beitragen zu einer Klärung der Frage vom Standpunkt des geltenden Rechts unter dem Gesichtspunkt des Zweckes der neuen Vorschriften, wobei die Ziele der nationalsozialistischen Rechtserneuerung vorbehaltlos anerkannt werden.

Einführung.

§ 1. *Rechtspolitische Bedeutung.*

Im alten liberalen Strafrecht galt als oberster Grundsatz: nulla poena sine lege poenali, d. h. eine Handlung konnte nur dann mit Strafe belegt werden, wenn die Strafe gesetzlich bestimmt war z. Zt. der Begehung der Handlung[1]). Es konnte also eine Handlung noch so sehr einen Treubruch gegenüber der Volksgemeinschaft darstellen und nach dem gesunden Volksempfinden geradezu nach Strafe schreien; war nicht zur Zeit der Begehung der Handlung eine gesetzlich bestimmte Strafdrohung auf eben diese genau umschriebene Handlung vorhanden, so konnte der Täter nicht bestraft werden und ebenso wenig seine Gehilfen.

Hier hat die Strafrechtsnovelle vom 28. Juni 1935[2]) gründliche Abhilfe geschaffen. Jetzt ist oberster Grundsatz: nullum crimen sine poena, d. h. „bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt, oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient“[3]). In den Vordergrund gerückt ist also jetzt die Volksgemeinschaft, die vor Treubrüchen geschützt wird. Es ist nicht mehr entscheidend, ob nach formalistischer Gesetzesauslegung eine Handlung noch unter einen gesetzlichen Tatbestand zu subsumieren ist, vielmehr entscheidet nur noch, ob die Tat eine Verletzung der Pflichten gegenüber der Volksgemeinschaft darstellt und ob sie nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Diese Neufassung des § 2 RStGB bedeutet nicht mehr einen Freibrief für den gewandten Verbrecher, sie stellt vielmehr einen festen Schutzwall dar für die Volksgemeinschaft und ihre Güter.

Allein trotz dieser Durchführung des nationalsozialistischen Gedankens bei der Festsetzung der Strafbarkeit an sich wäre dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit nicht in genügender Weise zum Siege verholfen worden gegenüber dem Gerechtigkeitsformalismus des liberalen Strafrechts, hätte man nicht gleichzeitig in der Strafrechtsnovelle vom 28. Juni 1935 an jenen wichtigen zweiten Fall gedacht, in dem bisher so oft das materielle Unrecht auf Grund der formalen, sogenannten Gerechtigkeit über die wirkliche, materielle

---

[1]) § 2 RStGB i. d. F. vor dem Gesetz vom 28. 6. 35.

[2]) RGBl. 1935 I, S. 839.

[3]) Reichsminister Dr. Frank, zu § 2 RStGB i. d. F. der Strafrechtsnovelle vom 28. 6. 35. RGBl. 1935 I, S. 839.

Gerechtigkeit den Sieg davon getragen hatte, nämlich die Wahlfeststellung:

Es gibt Fälle, bei denen es zweifelsfrei feststeht, daß jemand eine strafbare Handlung begangen hat, daß er also im Sinne des § 2 RStGB strafbar ist, und doch kann es sein, daß nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann, welche strafbare Handlung der Täter nun eigentlich begangen hat; z. B. die Polizei findet bei einer Haussuchung bei A. eine goldene Uhr, die nachweisbar aus Diebstahl stammt. Dem A. ist die Tat sowohl als Diebstahl wie als Hehlerei ohne weiteres zuzutrauen. Es kann nach den nachweisbaren Umständen feststehen, daß A. entweder den Diebstahl selbst ausgeführt hat, bzw. sich an demselben unmittelbar beteiligt hat, oder aber, daß die goldene Uhr hehlerisch durch A. erworben wurde. Damit steht aber fest, daß A. eine strafbare Handlung begangen hat; denn entweder hat er einen Diebstahl oder eine Hehlerei begangen. Aber gerade gegen welches von beiden Strafgesetzen er verstoßen hat, das läßt sich unter den besonderen Umständen des Falles mangels eines Geständnisses des A. nicht nachweisen. Freilich, gerade dieser Fall, bei dem feststeht, daß jemand entweder Diebstahl oder Hehlerei begangen hat, verlangt nach dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit wie nach dem gesunden Volksempfinden so dringend nach Bestrafung, daß bereits vor der Novelle vom 28. Juni 1935 das Reichsgericht eine Wahlfeststellung und Wahlverurteilung zugelassen hat, weil „das allgemeine Rechtsempfinden der Tat des Hehlers dieselbe sittliche Mißbilligung angedeihen lasse, wie der des Diebes“ [4]). Ein anderer Fall: Ein Mädchen wird nachts von einem Burschen angefallen; dieses kann ihn jedoch verscheuchen, bevor er die geplante Tat auszuführen vermag [5]); hier stellt der Richter fest, daß der Bursche entweder einen Notzuchts- oder einen Raubversuch begangen hat. Aber welche von beiden strafbaren Handlungen vorliegt, kann nicht festgestellt werden. Soll nun hier ein Freispruch erfolgen, weil man nicht feststellen kann, daß ein bestimmter Fall vorliegt, wenn doch klar feststeht, daß einer der beiden Fälle ganz bestimmt vorliegt? Nach dem Recht vor der Strafrechtsnovelle hätte man den Täter wohl nicht verurteilt; denn das alte RStGB und die alte RStPO hatten diesen Fall nicht geregelt. Diesem Zustand hat die Strafrechtsnovelle vom 28. Juni 1935 mit dem neuen § 2 b ein Ende bereitet:

„Steht fest, daß jemand gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, ist aber eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich, so ist der Täter aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen“ [6]).

Mit dieser Gesetzesbestimmung soll die materielle Gerechtigkeit herrschen über die formale, soll der materielle Unrechtsbegriff den formalistischen Unrechtsbegriff endgültig beseitigen.

[4]) RGStr. Bd. 68 S. 257.
[5]) Vgl. Zeiler, Zeitschr. Str. W., Bd. 40, 1918—1919, S. 172.
[6]) Strafrechtsnovelle vom 28. 6. 1935, RGBl. 1935 I, S. 839.

§ 2. *Rechtsgeschichtliche Entwicklung.*

Haben wir so die rechtsgeschichtliche Bedeutung des neuen Gesetzes dargelegt, so ist es gut, einen kurzen Blick zu werfen auf den Entwicklungsgang, den das deutsche Strafrecht genommen hat bis zur Schaffung des neuen Gesetzes; denn nur der rechtspolitische Zweck und die geschichtliche Entwicklung können uns einen rechten Hintergrund geben, auf dem sich das übrige Bild des geltenden Rechts gestaltet. Freilich können wir uns um so kürzer fassen, als eine Reihe von Arbeiten diese Seite unserer Frage ausführlich behandelt hat [7]).

Das alte Reichsstrafgesetzbuch und die alte Reichsstrafprozeßordnung schweigen absichtlich über die Frage der Wahlfeststellung. Dabei findet sich in den Motiven [8]) die Begründung, daß die Wissenschaft über diese Frage noch nicht einig sei. Gerade diese Begründung in den Motiven ist jedoch bezeichnend für die liberale Einstellung des früheren deutschen Gesetzes; denn hier sieht man klar, daß es dem Gesetzgeber weniger wichtig erscheint, ob ein Verbrechen die verdiente Sühne findet, als daß ja alle formalen Voraussetzungen für die Verurteilung in einem solch offensichtlichen Fall der strafbaren Handlung auch wirklich einwandfrei geklärt sind.

Entsprechend diesem Standpunkt des Gesetzgebers hat sich das Reichsgericht nur in engsten Grenzen an eine Verurteilung auf Grund einer Wahlfeststellung herangewagt. Die typische, fast stets wiederkehrende Stellungnahme und Begründung ist hiebei folgende:

> „Sind die in einem Strafgesetze aufgestellten Alternativen nur Modalitäten im Tatbestande eines und desselben Delikts in dem Sinne, daß ein bestimmtes Merkmal sich durch verschiedene, vom Gesetzgeber in alternativer Fassung als gleichwertig erkannte Tatumstände erfüllen kann, so ist der Richter befugt, diese Tatumstände in alternativer Fassung festzustellen, wenn er zu einem bestimmten Resultate über den einen oder den anderen Umstand nach dem Beweisergebnisse nicht gelangt, aber für erwiesen ansieht, daß der eine oder der andere vorliegt und hiernach die Schuldfrage bejaht. Hierzu führt die Natur der Sache und die Aufgabe des Rechts mit Notwendigkeit. Es ergeben sich auch gegen die Zulässigkeit keine prinzipiellen Bedenken, insoferne nur die Identität der Tat und des einen Tatbestandes nicht erschüttert wird. In diesen Grenzen läßt auch die Strafprozeßordnung die alternative Feststellung zu. Die

---

[7]) Vgl. Nüse, das Problem der Zulässigkeit von Alternativ-Schuldfeststellungen im Strafprozeß, in Str. Abhdg.—H. 324, Breslau-Neukirch 1933 S. 1 bis 29. Anker, die alternative Tatsachenfeststellung durch den Strafrichter, Diss. Tübingen 1934 S. 5—15. Ehrhardt, Verurteilung auf Grund wahlweiser Tatsachenfeststellungen, Diss. Jena 1934, S. 21—23. Dünhaupt, die alternative Entscheidung im Strafprozeß, Diss. Göttingen 1935, S. 5—18, Hauck, das Problem der alternativen Feststellung im Strafrecht, Diss. Köln 1936, S. 5—19. Schwarz, Friedrich, Wahlfeststellungen im Strafverfahren nach geltendem und kommendem Recht, in strafr. Abhdlg. H. 368, Breslau-Neukirch 1936, S. 14 bis 39. Wied, die alternative Feststellung im Strafrecht, in: Würzburger Abhdlg. zum dt. u. ausl. Prozesse H. 30 S. 6—35.

[8]) Vgl. Hahn, Mat. S. 223.

Motive zu dem jetzigen § 202 anerkennen, daß die Fassung des Paragraphen sie nicht ausschließt und § 293 verlangt neben Hervorhebung der zur Entscheidung, d. h. Identifizierung der konkreten Straftat, erforderlichen Umstände nur die Bezeichnung der Tat nach ihren gesetzlichen Merkmalen. Sieht das Gesetz ein Merkmal in mehreren alternativ nebeneinander genannten Tatumständen, so muß auch eine der gesetzlichen Formulierung entsprechende Fragestellung als der Vorschrift des § 293 entsprechend erachtet werden. Die Grenze liegt, wie schon hervorgehoben, in der Identität der Tat und des Tatbestandes. Es versteht sich daher von selbst, daß, wenn ein konkretes Gesetz mehrere nebeneinander selbständige Tatbestände in alternativer Fassung derselben Strafbestimmung unterstellt, eine dieser Fassung entsprechende alternative Fragestellung nicht erfolgen kann. In vorliegender Sache handelt es sich augenscheinlich nur um Modalitäten des Bestimmungsmittels bei einer und derselben Anstiftung zu einer bestimmten Tat. Ihre alternative Feststellung darf für zulässig erachtet werden." [9])

Gerade die häufigsten Fälle, z. B. Diebstahl — Hehlerei, konnten nach der Meinung des Reichsgerichts nicht erfaßt werden. Freilich half sich der gesunde Sinn gar mancher Richter, indem er einfach das geringere Delikt als bewiesen, das schwerere als unbewiesen annahm. Auf diese Weise wurde verhindert, daß der Verbrecher durch die Maschen des Gesetzes schlüpfen konnte. Allein dieser Notbehelf ist nicht restlos erfreulich, denn er brachte eine gewisse Unwahrheit in der Urteilsbegründung mit sich.

Man kann die geschichtliche Entwicklung der Frage der Wahlfeststellung nicht behandeln, ohne in größter Anerkennung der Verdienste eines Mannes zu gedenken, der ein unermüdlicher Mahner und unübertrefflicher Lehrer für die Frage der Wahlfeststellung geworden ist, des Reichsgerichtsrats Zeiler. Aus den Bedürfnissen der Rechtsprechung heraus erkannte er ganz früh den Schaden, den der herrschende Standpunkt der Autorität des Staates ständig zufügte, einerseits durch die ungerechten Freisprüche, andererseits durch Verurteilungen mit gewollt unwahrer Begründung zur Erreichung materiell gerechter Urteile. In einer Reihe von Schriften und Aufsätzen hat er immer wieder an Hand reichster Beispiele die Frage aufgerollt und der Klärung entgegengeführt. [10])

Zeiler hat auch den Mut gefunden, zu fordern, daß die Wahlfeststellung ganz allgemein zugelassen werde und hat schon 1921 die Einschaltung einer entsprechenden Gesetzesbestimmung als § 37 a in den Entwurf eines neuen Strafgesetzbuchs angeregt:

„strafbar ist eine Tat auch dann, wenn der Sachverhalt nicht eindeutig feststellbar ist und demnach zwar Sicherheit darüber besteht, daß einer von mehreren Tatbeständen, nicht aber darüber, welcher von ihnen verwirklicht ist.

---

[9]) Vgl. Nüse a. a. O., S. 14, 15; RGStr. z. B. Bd. 22/216, 23/47, 35/299, 51/180, 53/231, 55/44, 58/290, 59/397, 63/430.

[10]) Zeiler: In DJZ. 1914, 521 u. 529; in Z. Str. W. 1918 Bd. 40, S. 168; in Z. Str. W. 1921 Bd. 42, 665; in Z. Str. W. 1922 Bd. 43, 596; in D. Str. Z. 1926, 291 ff. in J. W. 1930, 2522; in D. J. 1934, 901 ff. in D. J. 1936, 639 ff.

Soweit nach den in Frage kommenden Strafbestimmungen die rechtliche Beurteilung verschieden ist, gilt jeweils die dem Täter günstigere. Insbesondere ist die Strafe zu bemessen nach dem milderen Strafgesetz." [11])

Dieser Vorschlag bedeutet praktisch das gleiche, was die Novelle vom 28. Juni 1935 gebracht hat. Daß ein Mann wie Zeiler bereits 1921 diesen Vorschlag bringt, beweist an sich schon, daß wir es bei der Wahlfeststellung mit keinerlei Einbruch in die wahlberechtigte Freiheitsspähre des Einzelnen zu tun haben, sondern um die notwendige Durchsetzung des materiellen Rechtsgedankens gegenüber einem schädlichen Rechtsformalismus, bei welchem die gesunde Volksgemeinschaft gegenüber dem schlauen und berechnenden Verbrecher benachteiligt wird, und das Ansehen von Gesetz und Gericht nur Schaden leidet.

Unter dem Einfluß der weiteren wissenschaftlichen Entwicklung und besonders infolge der Durchsetzung des Grundsatzes einer volksnahen Rechtsprechung hat denn auch das Reichsgericht seine bekannte Entscheidung in Band 68 Seite 257 gefällt. Hier erklärt es die Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei für zulässig, „weil das allgemeine Rechtsempfinden der Tat des Hehlers dieselbe sittliche Mißbilligung angedeihen lasse, wie der des Diebes." Um dem Volksempfinden noch mehr Rechnung zu tragen, hätte das Reichsgericht statt der Gleichstellung der Tat des Hehlers der des Diebes vielleicht noch deutlicher die Tat des Hehlers mit der Tat des Stehlers gleichgestellt; denn der Volksmund kennt längst ein ähnliches Sprichwort, wohl als blasse Erinnerung an einen früheren Rechtsreim aus der Zeit des ungeschriebenen Volksrechts. Wesentlich weiter war der erste Strafsenat des Reichsgerichts gegangen in einem Urteilsentwurf, welchen er dem Plenum zur Entscheidung vorgeschlagen hatte. Demnach wäre eine Wahlfeststellung — freilich innerhalb der Grenzen des § 264 RStPO — unbeschränkt zuzulassen gewesen.[12]) Allein das Plenum des Reichsgerichts glaubte eine soweit gehende Lösung vom Standpunkt des damaligen geschriebenen Rechts nicht treffen zu dürfen. Ob freilich nach den damals bereits herrschenden nationalsozialistischen Rechtsgrundsätzen der Vorschlag des ersten Strafsenats dem wirklich geltenden Recht, wenn auch nicht dem geschriebenen, mehr entsprach als die Reichsgerichtsplenarentscheidung, das dürfte zu Gunsten des ersten Strafsenats zu entscheiden sein.

Haben wir so einen kurzen Ueberblick über die Entwicklung der Frage der Wahlfeststellung gewonnen, so ist doch mit dem Erlaß des neuen Gesetzes der Streit der Meinungen noch nicht beendet.

---

[11]) Zeiler in Z. Str. W. 1921, Bd. 42 S. 665.
[12]) JW 1934, S. 294.

Erläuterungen des geltenden Rechtszustandes.

§ 3. *Vorzug der eindeutigen Feststellung.*

Das Gesetz verlangt in § 2 b einerseits die Feststellung, daß jemand gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat und andererseits, daß eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich ist. Es muß also eine echte Wahlfeststellung vorliegen, d. h. mehrere Möglichkeiten, welche jede für sich ein Strafgesetz verletzen, müssen in einem derartigen Verhältnis zu einander stehen, daß die eine Möglichkeit die andere bezw. die anderen ausschließt. Und es darf keine Möglichkeit vorliegen, bei der der Angeklagte etwa straflos bliebe. Dies verlangt zunächst, daß eine eindeutige Feststellung nicht möglich ist, es müssen also alle Beweismittel erschöpft sein und es muß ein festes Beweisergebnis vorliegen, das auf die Wahlfeststellung zwingend hindeutet. Der Richter darf nichts unversucht lassen, was noch irgendwie zur Klärung des Falles beitragen könnte. Ziel der strafrichterlichen Prüfung ist und bleibt nach wie vor die Erforschung der materiellen Wahrheit. Daher ist nach Möglichkeit eindeutig und zweifelsfrei festzustellen, welche strafbare Handlung der Täter begangen hat, bezw. gegen welches Strafgesetz jemand verstoßen hat. Erst wenn sich eine eindeutige Feststellung nicht treffen läßt, dann kann Raum sein für die Wahlfeststellung. Dabei hat der Richter nicht zu prüfen, ob eine eindeutige Feststellung unmöglich ist, sondern auch, warum eine eindeutige Feststellung unmöglich ist. Dies hat er auch in den Urteilsgründen darzulegen.[13]) Es genügt keinesfalls, wenn etwa der Richter sich auf den Standpunkt stellen wollte, die eine oder andere Handlung habe der Angeklagte sicherlich begangen, daher brauche nicht weiter nachgeforscht zu werden, sondern man könne gleich auf Grund des § 2 b mittels Wahlfeststellung verurteilen. Ein solches Verhalten wäre nicht vereinbar mit der Vorschrift des § 2 b.

„Eine Wahlfeststellung darf nur getroffen werden, wenn trotz sorgfältigsten Bemühens um die Erforschung der Wahrheit es völlig unmöglich ist, eine eindeutige Feststellung zu treffen." [14])

Läßt sich dann wirklich trotz aller Erschöpfung der Beweismittel eine eindeutige Tatfeststellung nicht treffen, dann erst kann an die Wahlfeststellung herangegangen werden.[15])

[13]) § 267 b RStPO i. d. F. der Novelle vom 28. 6. 1935.

[14]) RG in JW 1936, 3475 Nr. 15.

[15]) Vgl. Ernst Schäfer-Dohnanyi, Erg. Bd. zu Frank, StrGB S. 193; Friedr. Schwarz, a. a. O. S. 13.

§ 4. *Die Identität der Tat.*

Ist eine eindeutige Feststellung nicht möglich, so wird sich regelmäßig zunächst die Frage erheben nach der Tat — Identität im Sinne der RStPO. Solange es sich um eindeutige Feststellung handelt, ist diese Frage einfacher zu beantworten. Die Antwort wird auch dort leicht sein, wo Anklage und Eröffnungsbeschluß in entsprechender Anwendung des § 267 b RStPO schon von sich aus alternativ gefaßt sind.[16]) Aber auch in den übrigen Fällen muß dem Grundgedanken des neuen nationalsozialistischen Strafrechts und Strafprozessrechts Rechnung getragen werden. Es kann nicht die Tateinheit im bisherigen engen materiell-strafrechtlichen Sinn, sondern mindestens in der weiteren strafprozessualen Auslegung Gegenstand der Urteilsfindung sein.[17]) Die Wahlfeststellung hat also sicherlich von dem im Eröffnungsbeschluß erfaßten geschichtlichen Vorkommnis in seiner Gesamtheit auszugehen. Dabei ist zu beachten, daß das Reichsgericht schon bisher äußerst weitherzig war. Es kommt nach der Meinung des Reichsgerichts lediglich darauf an, was sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung vom Standpunkt einer natürlichen Betrachtungsweise aus als einheitlicher Vorgang darstellt.[18]) Hauck[19]) sieht die Grenzen überhaupt nur auf dem Gebiet des materiellen Rechts und geht davon aus, daß das neue Gesetz die Schranke des § 264 RStPO für die Wahlfeststellung als solche gar nicht anerkennt. Für diese Auffassung spricht auch die amtliche Begründung, die allein kann auch dem Bedürfnis und dem Zweck des neuen Gesetzes wirklich Rechnung tragen.

Freilich wendet Dohna dagegen ein[20]), daß damit für die neu auftauchende, wahlweise festzustellende Tatmöglichkeit praktisch nicht mehr das ordentliche Verfahren, sondern das Schnellverfahren gelte; während dies doch der Ausnahmefall bleiben müsse. Allein aus diesem Gesichtspunkt heraus läßt sich die Auffassung vom Vorrang des § 2 b RStGB gegenüber den Vorschriften der RStPO über die Tatidentität nicht wirksam bekämpfen. Zunächst darf nicht übersehen werden, daß ja dem Angeklagten mit voller Absicht ein Großteil des Schutzes genommen wird, hinter dem er sich bisher zum Schaden der materiellen Gerechtigkeit verschanzen konnte. Dann aber darf nicht übersehen werden, daß a l l e Fälle alternativer Feststellung doch s t e t s in einem sachlichen Zusammenhange zu einander stehen. Nehmen wir den Normalfall der Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei, so sehen wir klar, daß jemand, der wegen Diebstahls an einem Gegenstand angeklagt wird, doch seine

---

[16]) Daß dies zulässig ist, vgl. Graf Dohna in ZStrW 1935 S. 580.
[17]) Vgl. Ernst Schäfer-Dohnayi a. a. O., S. 193, Dohna a. a. O., S. 577, Hauck a. a. O., S. 29 ff.
[18]) Vgl. RGStr. Bd. 66/21.
[19]) Hauck a. a. O., S. 30.
[20]) Dohna a. a. O., S. 580.

Erinnerung bezüglich der Herkunft dieses Gegenstandes auffrischt, soweit er davon überhaupt Kenntnis hat. Er weiß also entweder, daß er den Gegenstand gestohlen oder daß er ihn gehehlt hat, oder durch Betrug oder durch sonstige unerlaubte Handlung erlangt hat. Aber stets wird seine gesamte Erinnerung bezüglich dieses Gegenstandes wach; nicht anders ist es bei den Fällen, wo die alternativ festzustellenden Straftaten völlig verschieden in ihrer strafrechtlichen und sonstigen Würdigung sind. Ist z. B. A. angeklagt wegen Blutschande mit seiner Schwester, so wird er sich zunächst zu erinnern suchen, ob er Blutschande getrieben hat; er wird sich aber weiter unwillkürlich zu erinnern suchen, ob er je davon gesprochen hat, daß er mit seiner Schwester Blutschande getrieben habe. Und umgekehrt für den Fall der Anklage wegen Verleumdung. Wenn sich also auch nur eine der beiden Möglichkeiten im Eröffnungsbeschluß findet, so ist ein einigermaßen verständiger Mensch auch auf die zweite alternative Strafklage vorbereitet. Genau so mit dem Fall, wo im Mordzimmer neben der Leiche des Rentners A. ein Dietrich gefunden wird, der aus der Werkstatt des Schlossers B. stammt. Wenn der B. nun angeklagt wird wegen unberechtigter Verabfolgung eines Dietrichs und es geht aus den Umständen eine noch so leise Andeutung auf den Zusammenhang mit dem Mord hervor, so wird B. unwillkürlich befürchten, ob man ihn nicht gar noch des Mordes selbst beschuldigt. Und wenn er wegen Mordes angeklagt wird, oder wegen Beihilfe hierzu, und es tritt als Beweismittel der gefundene Dietrich auf, welcher aus seiner Werkstatt stammt, so wird B. auch in diesem Fall seiner Unschuld am Tode des A. die Möglichkeit erwägen, daß er sich mindestens wegen Verabfolgung des Dietrichs an einen Dritten werde verantworten müssen. Gerade der Umstand, daß nach dem Willen des Gesetzes die beiden Straftaten nur wahlweise möglich sein dürfen, sichert an sich schon dagegen, daß Fragen angeschnitten werden, auf die der Angeklagte billigerweise nicht vorbereitet sein kann.

In diesem Zusammenhang muß doch grundsätzlich folgendes gesagt werden: Der anständige Angeklagte bekommt den § 2 b — bei dessen einigermaßen richtiger Anwendung — überhaupt nicht zu spüren. Entweder er ist unschuldig, dann wird es ihm doch irgendwie gelingen, eine M ö g l i c h k e i t aufzuzeigen, daß er unschuldig ist. Er braucht ja seine Unschuld nicht zu b e w e i s e n. Gelingt ihm nur der Nachweis der M ö g l i c h k e i t, dann muß nach der Vorschrift des § 2 b Freispruch erfolgen, weil nicht eindeutig feststeht, daß er unbedingt gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat. Ist aber der Angeklagte schuldig, dann wird er als sonst anständiger Mensch gut tun, ein ehrliches Geständnis abzulegen. In diesem Falle wird er immer einen einsichtigen Richter finden und gar oft, selbst nach strengerem Strafrahmen, eine mildere Strafe erhalten als im Falle hartnäckigen Leugnens bei Anwendung eines an sich milderen Strafrahmens. Jedenfalls läuft er nicht Gefahr, irgend-

welche Nachteile durch Anwendung der Wahlfeststellung zu erleiden. Wozu aber soll man dem verstockt leugnenden Verbrecher, noch dazu, wenn er durch den Eröffnungsbeschluß an sich schon auf alle Möglichkeiten hingewiesen ist, noch heute einen starken Schutz gegenüber der materiellen Gerechtigkeit geben!

Dohna knüpft seine Bedenken gegen die weite Zulassung alternativer Feststellungen an folgenden Fall: „Sind in einer Stadt nach einander mehrere Brandstiftungen vorgefallen, und ist X. angeklagt, im Oktober den Brand in der Ackerstraße gelegt zu haben; stellt sich dann später in der Hauptverhandlung heraus, daß X. an diesem Brand unbeteiligt ist, dafür als Täter der im November in der Mühlenstraße verübten Brandstiftung in Frage kommt, so ist sicher, daß ohne Zustimmung des Angeklagten in diesem Fall keine Verurteilung ergehen darf. Dann ist aber ebenso sicher, daß im Falle der Ungewißheit, ob X. diesen oder jenen Brand gelegt hat, auch keine alternative Verurteilung ergehen darf" [21]). Gerade mit diesem Fall kann aber Dohna doch nicht gegen die Alternativ-Feststellung Sturm laufen. Dieser Fall ist ja das Schulbeispiel für die Häufung mehrerer strafbarer Handlungen, die ohne jeden alternativen Zusammenhang zueinander stehen. In dem Beispiel Dohnas wäre es eine Verletzung des materiellen Rechts, wollte man hier den § 2 b überhaupt anwenden; erstens ist hier im einen Fall fest entschieden, daß X. unbeteiligt ist, also unschuldig ist und im zweiten Fall ist entschieden, daß X. schuldig ist; es ist also überhaupt schon eine eindeutige Feststellung getroffen. Des weiteren ist in dem Beispiel Dohnas in keiner Form dargetan, daß die Verurteilung in dem einen Fall den Freispruch, im andern Fall begriffsnotwendig bedingen würde, und umgekehrt. Für dieses Beispiel geht der Verfasser dieses Buches völlig mit Dohna einig in der Ablehnung des § 2 b, freilich nicht wegen der Auffassung über die Identität der Tat an sich, sondern deshalb, weil § 2 b hier materiell unter keinen Umständen paßt.

Es ist also mit Hauck daran festzuhalten, daß die Tat-Identität im weitesten Sinn aufzufassen ist, und daß eine Wahlfeststellung trotz der strafprozessualen Vorschriften überall da zulässig ist, wo die mehreren Taten materiell im Alternativzusammenhang stehen.

Von diesem Grundsatz ist eine Ausnahme nur dort möglich, wo kraft eines zum innerstaatlichen Gesetz erhobenen Staatsvertrages grundsätzlich die Spezialität der Auslieferung gewährleistet wird, d. h. der vom Staat B in den Staat A Ausgelieferte darf nur wegen des Deliktes abgeurteilt werden, das im Auslieferungsbegehren ausdrücklich und speziell bezeichnet ist. Hier darf eine Verurteilung nur auf Grund des im Auslieferungsbegehren genau bezeichneten Delikts erfolgen. Ist eine eindeutige Verurteilung aus diesem genau bezeichneten Strafgesetz nicht möglich, so ist das Verfahren einzu-

[21]) Dohna a. a. O., S. 580.

stellen. Der Grund liegt aber hier weder in der Strafprozeßordnung noch in § 2 b, sondern darin, daß die zum innerstaatlichen Recht erhobenen völkerrechtlichen Vertragsbestimmungen als Spezialgesetz allen übrigen Vorschriften vorgehen.

§ 5. *Alternativität.*

Das Hauptgewicht legt § 2 b auf die Forderung, daß einerseits feststeht, daß jemand gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, und daß andererseits eine Feststellung nur wahlweise möglich ist.

§ 6. *Keine straflose Möglichkeit.*

Es muß also unbedingt feststehen, daß keinerlei straflose Möglichkeit vorhanden ist. Steht z. B. fest, daß A. entweder mit seiner Schwester Blutschande getrieben hat, oder aber, daß er fälschlich behauptet hat, er habe mit seiner Schwester Blutschande getrieben, so bedarf es eines entsprechenden Strafantrags, um eine Bestrafung wegen Verleumdung herbeizuführen. Fehlt der Strafantrag, dann kann eine Bestrafung wegen Verleumdung nicht erfolgen. Daher ist auch kein Platz für eine Aburteilung nach § 2 b; denn die Feststellung, daß A. wegen Verleumdung sich strafbar gemacht hat, kann hier unter keinen Umständen getroffen werden, es steht im Gegenteil fest, daß er sich nicht wegen Verleumdung strafbar gemacht hat mangels Strafantrags, die andere Möglichkeit der Blutschande ist nicht voll bewiesen.

Ebenso ist zu verfahren bei dem schon angeführten Beispiel, wonach feststeht, daß jemand entweder den anderen ermordet hat, oder aber, daß er einem Dritten unberechtigterweise einen Dietrich verabfolgt hat, wenn bezüglich des letzteren Delikts bereits Verjährung eingetreten ist, aber nicht bezüglich des ersteren. Auch hier ist kein Platz für eine alternative Feststellung aus den gleichen Gründen wie vorher.

Der gleiche Fall liegt vor, wenn bezüglich des einen von mehreren alternativ festzustellenden Delikten ein Straffreiheitsgesetz ergangen ist.

Noch weniger darf § 2 b angewendet werden, wenn nicht völlig eindeutig feststeht, daß jemand unbedingt gegen ein Strafgesetz verstoßen hat, z. B.: bei A. wird eine goldene Uhr gefunden, die aus Diebstahl stammt. A. hat sie entweder gestohlen oder gehehlt oder sonstwie durch strafbare Handlung erworben. A. kann nun in der Hauptverhandlung beweisen, daß in der Zeit zwischen Diebstahl der Uhr und Auffindung der Uhr in seiner Wohnung eine öffentliche Versteigerung stattgefunden hat, auf welcher eine ähnliche goldene Uhr versteigert wurde. Er macht damit die Möglichkeit glaubhaft,

daß er die Uhr entweder selbst in der öffentlichen Versteigerung rechtmäßig erworben, oder aber, daß er sie von einem Dritten erworben habe, der sie ersteigert hat. Beweisen allerdings kann er den Hergang nicht. In diesem Falle darf die Wahlfeststellung unter keinen Umständen stattfinden; denn es steht nicht eindeutig fest, daß A. wirklich gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat. So genügt z. B. auch die Ueberzeugung, daß jemand auf unrechtmäßige Weise in den Besitz von Geld gekommen sei, in keiner Weise zur Aburteilung auf Grund § 2 b, solange weitere Erwerbsmöglichkeiten nicht ausgeschlossen sind.[22])

§ 7. *Wahlfeststellung.*

Die Feststellung darf nur wahlweise möglich sein; das Gesetz verlangt dies ganz ausdrücklich; entweder die eine oder die andere Tat, entweder die eine oder die andere Schuldgestaltung. Eine Möglichkeit muß die andere Möglichkeit ausschließen. Wäre eine der Möglichkeiten als wirklich vorliegend festgestellt, so müßte notwendigerweise wegen der anderen Möglichkeiten Freispruch erfolgen[23]).

§ 8. *Plus-Minus-Verhältnisse.*

Bei dieser Fassung des vom Gesetz selbst aufgestellten Begriffs der Wahlfeststellung als Voraussetzung für die Anwendung des § 2 b ist klar, daß alle Arten vom Plus-Minus-Alternativen[24]) nicht unter § 2 b fallen. Hier stehen ja die Gesetze selbst schon zueinander in Konkurrenz, in dem eines das andere umfaßt[25]). Gerade über die Frage der Gesetzes-Konkurrenz hat Friedrich Schwarz[26]) recht beachtliche Ausführungen gebracht. Er unterscheidet hier mit Recht die Fälle der Spezialität, der Subsidiarität und der Konsumtion.

In diesen von Schwarz ausführlich geschilderten Fällen wird in der Regel stets eindeutige Feststellung erfolgen müssen. Hat z. B. A. die Uhr des B. gestohlen und besteht der begründete Verdacht, daß er die Uhr durch Einsteigen in das bei Nacht offene Fenster an sich gebracht hat, läßt sich aber der Einbruch nicht sicher feststellen, so ist A. wegen einfachen Diebstahls zu verurteilen. Aber nicht nach § 2 b, sondern mangels bestimmter Beweise für den Einbruchs-

[22]) Vgl. zu letzterem Fall das Urteil des Oberlandesgerichts München vom 12. 6. 1936, in DJ 1936, S. 1499.

[23]) Vgl. Hauck a. a. O., S. 3 ff., Fr. Schwarz a. a. O., S. 2 ff.

[24]) Oetker, das Verfahren vor dem Schwur- und den Schöffengerichten, im Handbuch des Strafprozesses von Julius Glaser, Bd. III 1907, S. 302.

[25]) Vgl. Frank, StrGB, S. 233.

[26]) a. a. O., S. 7 ff.

diebstahl, und wegen fester Beweise für den einfachen Diebstahl (Fall der Spezialität).

Oder: A. wird ertappt, wie er in der Wohnung des B. ist; in der Ecke des gleichen Zimmers findet man die Brieftasche des B., man weiß aber nicht, hat B. sie dort versehentlich hingelegt, oder hatte A. sie schon genommen und beim Nahen von Menschen wieder weggeworfen, um nicht auf frischer Tat ertappt zu werden. Alle Umstände deuten aber gerade darauf hin, daß A. schon zum Zwecke des Diebstahls in die Wohnung des B. eingedrungen ist. Es steht also der Versuch des Diebstahls fest, nicht bewiesen ist die Vollendung. Da aber Versuch und Vollendung im Verhältnis der Subsidiarität zu einander stehen, so kann nur Verurteilung wegen Versuchs des Einbruchdiebstahls erfolgen, nicht aber wegen des vollendeten Delikts.

Ein weiteres Beispiel: A. wird im Hausgang angetroffen. Entweder er wollte sich nur unbefugt einschleichen, oder aber er wollte einbrechen. Das erstere Delikt steht fest, das zweite ist nicht genügend bewiesen, daher muß hier eindeutige Verurteilung wegen Hausfriedensbruchs erfolgen, dagegen Freispruch wegen Versuchs des Einbruchsdiebstahls, denn beide Delikte stehen im Verhältnis der Konsumtion. —

In allen diesen drei Fällen haben wir ein Plus-Minus-Verhältnis oder besser ein Verhältnis von maius:minus. Der eigentliche Grund, warum bei Gesetzeskonkurrenz keine Wahlfeststellung Platz greifen kann, liegt darin, daß in diesen Fällen das minus feststeht, während das maius zweifelhaft und nicht erwiesen ist; § 2 b verlangt jedoch, daß eine eindeutige Feststellung unmöglich ist, daher kann er in diesen Fällen nicht angewendet werden.

§ 9. *Plus-Minus-Verhältnisse bei der Schuldgestaltung.*

Es gibt verschiedene Schuldgestaltungen, die zunächst scheinbar in einer Art vom Plus-Minus-Verhältnis zu einander stehen. Hierher gehört das Verhältnis von Vorsatz: Fahrlässigkeit und die Schuldgestaltung bei Beihilfe und Mittäterschaft.

In den oben behandelten Fällen der Gesetzeskonkurrenz umfaßt der Plusfall den Minusfall begriffsmäßig und saugt ihn damit gewissermaßen auf. Bei den Schuldgestaltungen ist aber das Verhältnis doch etwas anders. Der Vorwurf des Vorsatzes geht nicht nur weiter als der Vorwurf der Fahrlässigkeit, er ist vor allem ganz anders geartet, mag auch der leichteste Fall des dolus eventualis noch so eng an den schwersten Fall der Fahrlässigkeit angrenzen. Vorsatz setzt immer den tatsächlichen Willen voraus, während die Fahrlässigkeit gerade trotz des Nichtwollens vorliegt, weil die Rechtsnorm eine gewisse Einstellung des Willens verlangt, um einen Erfolg zu verhüten. Wenn A in das Haus des B bei Nacht

eindringt, dann steht fest, daß im äußeren Tatbestand mindestens Hausfriedensbruch gegeben ist. Wenn aber A schwört, er sei am 20. März in Berlin gewesen, und er war in Wirklichkeit am 20. April in Berlin, so ist aus diesem Sachverhalt allein noch keinerlei Schuld bewiesen; denn es kann sowohl Vorsatz wie Fahrlässigkeit wie auch Schuldlosigkeit vorliegen. Ebenso, wenn beim Dieb A ein Dietrich des B gefunden wird, so liegt darin — was das Delikt des Einbruchdiebstahls anbelangt — noch kein Beweis dafür, daß B entweder die Tat des A als eigene wollte oder als fremde unterstützt hat; denn es kann sein, daß A dem B vorgespiegelt hat, er brauche den Dietrich, weil er seinen eigenen Wohnungsschlüssel verloren habe. Ebenso ist es bei der Frage nach der Ueberlegung bei schuldhaften Tötungsdelikten.

In diesen Fällen ist stets bei jeder einzelnen Schuldgestaltung zu untersuchen, ob sie wirklich vorliegt. Es folgt keineswegs begriffsmäßig schon aus der Natur der Sache, daß bei mangelndem Vorsatz Fahrlässigkeit auch wirklich gegeben wäre, oder daß bei mangelnder Mittäterschaft auch wirklich schon Beihilfe vorliegen müsse [27]). Vielmehr wird hier in der Regel nur ein Mangel im Beweisergebnis vorhanden sein. Es wird die Regel sein, daß eben nicht in genügender Form der schwerere Fall der Schuldgestaltung nachgewiesen ist; gerade in diesen Fällen der scheinbaren Plus-Minus-Alternativität wird sich der gewissenhafte Richter ganz besonders davor hüten, aus dem gesunden Grundsatz des § 2 b eine Handhabe zu machen, um bequem zu einer Verdachtsstrafe zu gelangen. Gerade dies wäre gegen den Sinn der Gesetzesvorschrift. Deshalb verlangt auch § 267 b Abs. II RStPO: „die Tatsachen, die den Verstoß ergeben, sind festzustellen." Daß der Mangel der weitergehenden Schuldgestaltung allein das Vorhandensein der weniger weiten nicht schon mit Sicherheit beweisen kann, ist bereits dargetan. Der Mangel des Vorsatzes kann nicht als genügende Tatsache im Sinne des § 267 b des RStGB angesehen werden, die den Verstoß, d. h. das Vorliegen der Fahrlässigkeit, schon ohne weiteres beweisen würde.

Freilich geht auch die andere Ansicht entschieden zu weit, die etwa eine alternative Feststellung der Schuldformen überhaupt für unzulässig erklärt [28]). Hiegegen nimmt Hauck mit Recht Stellung [29]); mit unseren Ausführungen sollte nur dargelegt werden, daß es sich bei den verschiedenen Schuldgestaltungen nicht um eine Plus-Minus-Alternativität handelt, in dem Sinne, daß das Fehlen der schwereren zugleich das Vorhandensein der leichteren beweisen würde. Auch die zweite Folgerung aus dem Nichtvorliegen eines echten Plus-Minus-Verhältnisses ist zu ziehen: in den Fällen, wo wirklich eine von mehreren Möglichkeiten vorliegt, ist nicht unter

---

[27]) Vgl. Fr. Schwarz S. 9 ff., Freiesleben-Kirchner-Niethamer, Erg. Bd. zu Ohlshausen, StrGB, S. 30 Anm. 4 zu § 2 b.

[28]) Vgl. K. Schäfer in JW 1935, S. 2326.

[29]) Hauck a. a. O., S. 33 ff.

allen Umständen eine eindeutige Entscheidung zu treffen. Es kann sein, daß eine echte Wahlfeststellung vorliegt, z. B.: A überfährt seinen Todfeind in einer Straßenkurve, wobei alle Umstände darauf hindeuten, daß der Unfall sich auf der linken Straßenseite abgespielt hat. Hier sprechen sowohl für Vorsatz wie für Fahrlässigkeit eine Reihe von Gründen. Schuldlosigkeit ist ausgeschlossen. Es steht also fest, daß A gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat. Für die Feststellung beider Schuldarten lassen sich gewichtige Tatsachen anführen: Warum sollte nun der A in diesem Fall eindeutig nur wegen Fahrlässigkeit bestraft werden, wo doch so gewichtige Gründe ihn mit dem Verdacht der vorsätzlichen Tötung belasten? Hier verlangt das Rechtsempfinden dringend die Wahlverurteilung so gut wie in jedem anderen Fall. Und es sprechen die gleichen Gründe dafür wie sonst auch; denn eine eindeutige Verurteilung wegen Fahrlässigkeit würde den Stempel der inneren Unwahrheit tragen.

Der gerechte und aufrechte Richter wird zwar in diesen Fällen der Wahlfeststellung zwischen mehreren Schuldgestaltungen besonders eingehend prüfen, ob es sich nicht nur um eine Verdachtsstrafe handelt. Liegt aber ein wirklicher Fall der Wahlfeststellung vor, dann steht der Anwendung des § 2 b jedenfalls kein grundsätzliches rechtliches Hindernis entgegen. Es kann hier sein, daß der leichtere Fall feststeht und der schwerere zweifelhaft ist, dann ist wie in den Fällen der Plus-Minus-Alternative eine eindeutige Feststellung geboten. Es kann aber auch sein, daß keiner der beiden Fälle absolut feststeht, und daß dennoch das eine feststeht, daß einer der beiden Fälle gegeben ist; hier ist dann die Wahlfeststellung zu treffen.

Ein besonders deutlicher Beweis dafür, daß einerseits der Vorsatz nicht unbedingt das Plus gegenüber der Fahrlässigkeit bedeutet, und daß andererseits dennoch eine Wahlfeststellung zwischen den einzelnen Schuldgestaltungen, ja sogar zwischen diesen und der völligen Schuldlosigkeit möglich ist, wird uns durch das Gesetz in § 330 a gegeben. Nehmen wir nochmals das Beispiel, daß A den B in der Kurve auf der linken Straßenseite tödlich überfährt. Der Unfall ereignet sich bei Nacht, eine Blutprobe ergibt bei A einen so hohen Prozentsatz von Alkohol, daß die Vermutung der Volltrunkenheit nahe liegt. Es läßt sich aber weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit, noch Volltrunkenheit mit absoluter Sicherheit beweisen, wohl aber steht fest, daß einer der drei Fälle unbedingt vorliegen muß. Es liegt also hier zwischen zwei Schuldarten und dem Fall der Schuldlosigkeit Wahlfeststellung vor. Die Besonderheit liegt freilich darin, daß die Schuldlosigkeit hier von der Strafe nicht befreit, aber nicht wegen des Delikts, das begangen ist, sondern weil sich A in den Zustand versetzt hat, in dem er eine Tat schuldlos begehen konnte.

§ 10. *Abgrenzung von Realkonkurrenz und Idealkonkurrenz.*

Aus der Vorschrift des § 2 b ergibt sich von selbst die Abgrenzung von der Real-Konkurrenz und der Ideal-Konkurrenz. Bei der Ideal-Konkurrenz handelt es sich um einen einheitlichen Vorgang, der einem einheitlichen Willen entspringt, und bei dem entweder mehrere gleichartige oder ungleichartige Erfolge erzielt werden, oder aber ein einheitlicher Erfolg eintritt, durch den gleichzeitig mehrere Strafgesetze verletzt werden. Der Unterschied von der Wahlfeststellung liegt hier im wesentlichen darin, daß bei der Ideal-Konkurrenz eindeutig festgestellt wird, daß durch eine Handlung mehrere Gesetze gleichzeitig verletzt werden, oder ein Gesetz mehrmals verletzt wird. Bei der Wahlfeststellung dagegen steht fest, daß nur eines von mehreren Gesetzen verletzt ist, aber es fehlt die Feststellung, welches Gesetz verletzt ist.

Bei der Real-Konkurrenz dagegen steht fest, daß durch mehrere selbständige Handlungen ein Gesetz mehrmals oder mehrere Gesetze je einmal (sei es auch in jedem einzelnen Fall in Ideal-Konkurrenz) verletzt sind. Der Unterschied zur Wahlfeststellung liegt darin, daß die mehreren Verletzungen nebeneinander in einem Verhältnis stehen, daß das Vorhandensein der einen Gesetzesverletzung durchaus die Möglichkeit zuläßt, daß auch das andere Gesetz verletzt wurde, oder das gleiche Gesetz mehrmals verletzt ist. Dagegen ist bei der Wahlfeststellung Grundbedingung, daß von den mehreren Möglichkeiten jede einzelne alle anderen ausschließt.

Man möchte diese Unterschiede beinahe für selbstverständlich halten und somit die gegebene Erläuterung für überflüssig erklären. Allein gerade das von Dohna [30]) gegen die Wahlfeststellung angeführte Beispiel von den beiden Brandstiftungen zeigt hinlänglich, wie wenig man sich über das Wesen der durch § 2 b vorgeschriebenen Wahlfeststellung selbst in wissenschaftlichen Kreisen im klaren ist.

§ 11. *Die reine Tatsachen-Alternativität.*

Die Alternativität kann in verschiedenen Formen auftreten. Soweit es sich um reine Tatsachen-Alternativität handelt, kann es zunächst sein, daß ein und dieselbe Tat vorliegt, und daß auch schon feststeht, welches Strafgesetz verletzt ist, zweifelhaft bleibt nur, welche Umstände im einzelnen die Verletzung dieses Strafgesetzes bedeuten [31]). Hier kommt das Gericht ohne weiteres zu einer eindeutigen Feststellung schon auf Grund der Rechtsprechung und Wissenschaft vor Erlaß der Strafrechtsnovelle.

Des weiteren ist aber auch der Fall denkbar, daß jemand durch zwei verschiedene Taten gegen ein und dasselbe Strafgesetz ver-

[30]) Dohna a. a. O., S. 580.
[31]) Friedr. Schwarz a. a. O., S. 3 ff., Hauck a. a. O., S. 3 ff.

stoßen hat, und daß nicht aufgeklärt werden kann, ob die Tat a oder die Tat b wirklich die Verletzung des Strafgesetzes darstellt. Zum Beispiel, A hat einmal geschworen, er habe nicht auf den Hund des B geschossen, und ein zweitesmal schwört er, er habe auf den Hund des B geschossen [32]).

Dieser Fall ist zwar nicht dem Wortlaut, wohl aber dem Sinne nach gemäß § 2 b durch Wahlfeststellung abzuurteilen. Ueber diese Lösung besteht Einigkeit in der Wissenschaft [33]).

§ 12. *Die reine Rechts-Alternativität.*

Es kann sein, daß das äußere Tatbild scheinbar eindeutig feststeht und daß dennoch ein Zweifel bleibt, welches Strafgesetz durch diese Handlung verletzt ist. Nüse bringt hiefür folgendes Beispiel [34]): „Angenommen, der Straßenbahnschaffner St. nimmt für Fahrscheine eingezogenes Geld, das er in die hiefür bestimmte Tasche getan hat, heraus, und steckt es in sein Portemonnaie. Die Richter werden sich nicht darüber einig, ob St. oder die Straßenbahngesellschaft an dem Geld Gewahrsam hatte und damit, ob Unterschlagung oder Diebstahl vorliegt." Den gleichen Fall hat Friedr. Schwarz im Auge [35]), wenn er vom Schaffner spricht hinsichtlich des in der Geldtasche befindlichen Wechselgeldes. Die häufigsten Fälle auf diesem Gebiet der reinen Rechtsalternative dürften wohl die Wahl zwischen Untreue und Unterschlagung, Unterschlagung und Diebstahl, Diebstahl und Betrug sein. Schwarz fordert für diese Fälle eindeutige Feststellung [36]), ebenso Ehrhardt [37]). Lieber nehmen beide einen Freispruch in Kauf, als daß sie hier die Wahlfeststellung für anwendbar erklärten. Dabei gehen beide davon aus, daß der Richter wissen müsse, welches Gesetz im einzelnen Fall anzuwenden sei. Eine zweideutige Haltung in Rechtsfragen sei des Gerichts unwürdig.

Diese Frage bedarf der näheren Prüfung. Wenn zweifelhaft ist, ob Diebstahl oder Unterschlagung vorliegt, dann ist doch der Zweifel stets darauf zurückzuführen, daß nicht festgestellt werden kann, ob der Täter vor der Tat den Gewahrsam schon hatte, oder ob er erst den fremden Gewahrsam gebrochen hat. Ebenso ist bei der Frage, ob Untreue oder Unterschlagung vorliegt, der Zweifel nur dadurch möglich, daß nicht festgestellt werden kann, ob z. B. eine Verfügung zum Nachteil des Auftraggebers vorliegt (§ 266, Ziff. 3 RStGB), oder ob eine Zueignung vorhanden ist; noch deutlicher wird dies bei der Wahl zwischen Diebstahl und Betrug. Hier

---

[32]) Vgl. Friedr. Schwarz a. a. O., S. 4.
[33]) Friedr. Schwarz a. a. O., S. 4, Ernst Schäfer-Dohnanyi a. a. O., S. 193.
[34]) Nüse a. a. O., S. 3.
[35]) Friedr. Schwarz a. a. O., S. 5.
[36]) Friedr. Schwarz a. a. O., S. 5.
[37]) Ehrhardt a. a. O., S. 7.

deutet Friedrich Schwarz selbst in der Fußnote [38]) auf die eigentliche Frage hin, nämlich: entweder Bruch des Gewahrsams durch den Täter oder Verfügung durch den Geschädigten.

Kann man nun nach dem bereits kurz Gesagten noch überhaupt von einer reinen Rechts-Alternativität sprechen? Es ist so, wie eingangs angedeutet: Der äußere Tatbestand ist nur scheinbar eindeutig festgestellt, in Wirklichkeit ist in all' diesen Fällen die Tatseite zwar insoweit geklärt, daß feststeht, d a ß gegen einen von mehreren Strafgesetzen verstoßen wurde, aber es fehlt die nähere Feststellung der Tatumstände, aus denen eben die Verletzung des ganz bestimmten einzelnen Strafgesetzes hervorgeht. Freilich spielen bei dieser Tatfeststellung auch rechtliche Gesichtspunkte eine Rolle, z. B. die Frage, wann der Gewahrsam als vorhanden bzw. als gebrochen anzusehen ist. Allein der Zweifel des Richters entsteht doch nicht daraus, daß er in einem ganz genau bis ins letzte geklärten Fall nicht wüßte, ob er ein bestimmtes Gesetz anwenden könne oder nicht. Die Schwierigkeit liegt eben darin, daß die Fälle nicht bis ins letzte geklärt sind. Die dabei auftretenden Zweifel über Rechtsfragen sind nicht strafrechtlicher Art, sie betreffen außerstrafrechtliche Gesichtspunkte. Die Frage, ob jemand Gewahrsam einer Sache hatte oder nicht, ist außerstrafrechtlicher Art, ebenso die Frage, ob jemand eine Verfügung getroffen hat über einen Gegenstand oder ob ihm der Gewahrsam an demselben Gegenstand entzogen wurde. Was liegt daher näher, als daß hier ähnlich wie im Falle des § 59 RStGB beim Irrtum zwischen der strafrechtlichen Alternativität und der außerstrafrechtlichen Alternativität unterschieden wird. Die bisher bekannten und hier angeführten Fälle bewegen sich alle auf dem Gebiet der außerstrafrechtlichen Alternativität, ja, es läßt sich ein Fall der reinen strafrechtlichen Alternative überhaupt nicht vorstellen, in welchem ein Zweifel lediglich darüber besteht, welches Gesetz verletzt ist, wenn alle Tatumstände und alle außerstrafrechtlichen Rechtsfragen eindeutig feststehen. Und auch die außerstrafrechtlichen Rechtsfragen können nur dann als zweifelhaft erscheinen, wenn die Tatseite nicht hinreichend geklärt ist.

Ist aber die Schwierigkeit als in ihrem letzten Grunde auf tatsächlichem Gebiet liegend festgestellt, warum soll dann der Fall der scheinbaren reinen Rechtsalternativität anders zu entscheiden sein als die sonstigen Fälle der Wahlfeststellung? Im Gegenteil, es gibt überhaupt keine reine Rechtsalternativität, vielmehr besteht diese nur scheinbar. In all diesen Fällen ist das Tatbild nur scheinbar eindeutig festgestellt. In Wirklichkeit kann hier der Tatbestand nur wahlweise festgestellt werden, sei es, daß der Grund hiefür in der äußeren Tat selbst liegt, sei es an den Umständen, unter denen die Tat vorgenommen wurde. Zum Beispiel: der Schaffner nimmt eine Reichsmark aus der Geldkasse und steckt sie in seine Geldbörse. Seine Tat steht äußerlich fest, gleichgültig, ob das Geld in das Eigen-

[38]) Friedr. Schwarz a. a. O., Seite 5, Fußnote [11]).

tum der Unternehmerin der Straßenbahn bereits übergegangen war oder nicht. Handelt es sich um fremdes Eigentum, so muß sich aber aus den näheren Umständen, insbesondere aus dem Anstellungs- und Vertragsverhältnis zwischen der Straßenbahn und dem Schaffner bzw. der Straßenbahn und den Fahrgästen unbedingt ergeben, ob die Straßenbahnunternehmerin bereits Eigentümerin des Geldes geworden ist. Steht das Geld noch nicht im Eigentum der Straßenbahn, so muß sich das ebenfalls aus den Umständen genau ableiten lassen. Aber immer sind die Tatumstände entscheidend für die rechtliche Beurteilung sowohl in außerstrafrechtlicher wie in strafrechtlicher Hinsicht, wenn auch die äußere Handlung des Täters scheinbar die gleiche bleibt.

Daher ist auch in allen diesen Fällen der scheinbaren reinen Rechtsalternativität nach § 2 b mittels Wahlfeststellung zu verurteilen. Freilich muß in den Gründen genau angegeben werden, welche Tatumstände für die einzelnen rechtlichen Möglichkeiten sprechen.

§ 13. *Die Tatsachen- und Rechtsalternativität.*

Hier steht fest, daß entweder die eine oder die andere strafbare Handlung begangen ist, und darin auch, daß notwendig das eine oder das andere Strafgesetz verletzt ist. Dieser deutliche Fall der Wahlfeststellung fällt offensichtlich unter § 2 b RStGB [39]); z. B.: A hat die goldene Uhr entweder gestohlen oder er hat sie im Wege der Hehlerei erworben, es liegt also entweder Diebstahl oder Hehlerei vor.

Oetker und Dohna [40]) verlangen nun grundsätzlich die Unterscheidung, ob die alternativ zueinander stehenden Tatbestände gegen Strafgesetze verstoßen, die in der strafrechtlichen und sittlichen Bewertung ungefähr gleichwertig sind, oder ob diese Bewertung in den einzelnen wahlweise sich verhaltenden Fällen sehr weit auseinander geht. Spricht dabei der Wunsch nach einer Gesetzesänderung sicherlich mit, so glauben doch beide, auch vom Standpunkt des geltenden Rechts aus müsse der Richter die letzteren Fälle der ungleichen Bewertung („Heterogenität") nicht nach § 2 b aburteilen. Dabei verkennen freilich beide schon die Tatsache, daß § 2 b RStGB auch der Vorschrift des § 264 RStPO vorgeht. Bei der materiellen Begründung ihres Standpunktes wird es ebenfalls klar, daß beide Verfasser den eigentlichen rechtspolitischen Zweck der Bestimmung des § 2 b nicht anerkennen wollen. Die von beiden vertretene Meinung fußt, wenn auch unbewußt, auf der Vorstellung vom Schutze des Angeklagten, wie er in der Reichsstrafprozeßordnung alter Fassung

[39]) Vgl. Hauck a. a. O., S. 4, Friedr. Schwarz a. a. O., S. 5 ff.

[40]) Oetker, „Abtreibungsversuch und Betrug in Wahlfeststellung?" In GS 1935 Bd. 107 S. 273 ff., Oetker in: „alternative Schuldfeststellungen" in GS 1935 Bd. 106 S. 401 ff.; Dohna a. a. O., S. 576 ff.

ausgeprägt war. Geht man aber vom Wortlaut, vom Zweck und vom Werdegang des Gesetzes aus, dann kann kein Zweifel darüber bestehen, daß § 2 b RStGB wirklich alle Fälle echter Alternativität treffen will, mag die rechtliche und sittliche Bewertung der einzelnen wahlweise festzustellenden Möglichkeiten noch so verschieden sein[41]). So hat das Reichsgericht z. B. entschieden, daß Wahlfeststellung möglich ist zwischen einem Verbrechen des Versuchs der Unzucht mit Kindern nach § 176 Abs. I Nr. 3, § 43 RStGB, und einem Vergehen der Volltrunkenheit nach § 330 a RStGB[42]). Ueberhaupt beweist ja die neue Einschiebung des § 330 a in Verbindung mit § 2 b RStGB allein schon zur Genüge, daß das Gesetz auf die verschiedenartige Bewertung der mehreren zur Wahl stehenden Delikte kein entscheidendes Gewicht legt; denn es wird sehr oft vorkommen, daß das Delikt nach § 330 a RStGB in keinem Verhältnis zu dem Delikt steht, welches nach zweifelsfreiem Vorliegen einer entsprechenden Schuld vorhanden wäre[43]). Eine Schranke besteht in keiner Weise, wenn einmal die Voraussetzungen des § 2 b RStGB gegeben sind, mag auch die sittliche und rechtliche Bewertung der einzelnen Möglichkeiten noch so verschieden sein. Insbesondere bietet die Reichsstrafprozeßordnung keinerlei rechtliches Hindernis, da ja, wie gesehen, § 2 b RStGB dem strafprozessualen Vorschriften über die Tatidentität vorgeht.

§ 14. *Abhilfe in Fällen völlig verschiedener sittlicher und rechtlicher Bewertung.*

Die vorliegende Arbeit geht grundsätzlich vom Standpunkt des Gesetzes aus. Sie ist sich auch besonders darüber im klaren, daß jede Kritik am Gesetz nicht nur schwer vertretbar, sondern auch völlig unzweckmäßig ist; denn irgend eine Aenderung der durch § 2 b RStGB in seiner jetzigen Fassung aufgestellten Grundsätze ist jedenfalls bei Inkrafttreten des jetzt ausgearbeiteten Strafgesetzentwurfes ganz bestimmt nicht zu erwarten.

Immerhin ist jedoch der Kritik zuzugeben, daß aus der Anwendung des § 2 b RStGB unter Umständen sich Härten ergeben konnten. Hier wird aber durchaus nicht an jeden Fall gedacht, in dem die einzelnen Möglichkeiten der Wahlfeststellung verschiedene sittliche und rechtliche Bewertungen erfahren. Es ist z. B. sehr wohltuend für die Allgemeinheit, zu wissen, daß jemand, der entweder Blutschande begangen hat, oder aber einer anderen Person fälschlich Blutschande nachgeredet hat, auf alle Fälle bestraft wird. Beide Taten sind verwerflich, und es ist eine wohltuende Abschreckung, wenn hier auf alle Fälle Strafe eintritt. Ebenso beim alternativen Zu-

[41]) Vgl. E. Schäfer-Dohnanyi a. a. O., S. 194 Anm. 4 zu § 2 b RStGB.
[42]) RG vom 17. 9. 1936 in DJ 1936 S. 1612.
[43]) Vgl. hiezu RG vom 21. 12. 1935, in DJ 1936 S. 335.

sammentreffen jeder Art von Delikten mit einem Vergehen nach § 330 a. Auch der Fall, wo entweder Betrug oder Abtreibung festgestellt wird, verdient mit Recht Bestrafung.

Es kann aber sein, daß die eine Möglichkeit ein großes Verbrechen bedeutet, während die andere zur Wahl stehende Möglichkeit eine ganz geringe Bagatellsache darstellt, bei deren eindeutig festgestelltem Vorliegen niemand eine Anklage erhoben hätte. Z. B.: es ist festgestellt, daß der Schlosser entweder den Rentner ermordet hat, nachdem er mittels eines Dietrichs in dessen Wohnung eingedrungen war, oder aber, daß er dem Mörder einen Dietrich unberechtigterweise verabfolgt hat. Für den letzteren Fall ist dem Schlosser nicht zu widerlegen, daß der Dritte ihm vorgespiegelt hat, er habe seinen Hausschlüssel verloren, ferner, daß der Schlosser an einem Beinleiden krankt, das die eigenhändige Oeffnung der weitentfernten Wohnung des Dritten zu einer kaum zumutbaren Anstrengung gestaltet hätte. Stünde in diesem Fall das letztere Delikt von vornherein eindeutig fest, so wäre wahrscheinlich gar nie Anklage erhoben worden. Man wird hier auch wohl mit Recht sagen können, daß es dem Ansehen der Rechtsprechung eher schadet als nützt, wegen eines solch geringfügigen Delikts zu bestrafen. Angenommen, die Mordanklage ist beim Schwurgericht erhoben, und in der Hauptverhandlung stellt sich die zweite, nach den besonderen Umständen sehr geringfügige Möglichkeit alternativ heraus, voll bewiesen aber ist keine der beiden Möglichkeiten. Hier, vor dem Schwurgericht, eine derartig geringfügige Tat überhaupt abzuurteilen, könnte allein schon dem Ansehen des Gerichts schaden, das doch nur über schwere Verbrechen befinden soll.

Es wäre bestimmt falsch, einfach wegen Mordes freizusprechen, nur um zu vermeiden, daß gemäß § 267 b RStPO eindeutig in der Formel des Urteils die Bagatelle in Erscheinung tritt; der Freispruch würde in unserem Fall eine völlige Unwahrheit zu Gunsten des Angeklagten darstellen, und somit einen schweren Verstoß gegen § 2 b RStGB, da ja festgestellt ist, daß entweder Mord oder Verabfolgung des Dietrichs vorliegt. Dennoch erscheint es zweckmäßig, die Verurteilung wegen der Bagatelle in der Urteilsformel in diesem Fall nicht in Erscheinung treten zu lassen.

Hier hilft die Vorschrift des § 153 RStPO. Das Gericht kann jedenfalls bei eindeutiger Feststellung der Bagatelle gemäß § 153 Abs. III RStPO in der Hauptverhandlung mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft das Verfahren noch einstellen. Es kann also auch im Fall der Wahlfeststellung zwischen einem noch so großen Verbrechen und einer Bagatelle das Verfahren gemäß § 153 Abs. III RStPO eingestellt werden. Verboten ist dies jedenfalls vom Gesetz nicht. Diese Lösung widerspricht aber auch nicht dem Sinn und Zweck des neuen Strafrechts; denn dieses will doch das Ansehen der Gerichte heben und sie vor jeder Art von Lächerlichkeit schützen. Dem Ansehen des Gerichts ist in diesem Fall durch die Einstellung

des Verfahrens sicherlich genützt. Auch hat die Volksgemeinschaft keinerlei Schaden; denn wenn das nationalsozialistische Recht in der Einstellung des Verfahrens gemäß § 153 RStPO einen Schaden an der Volksgemeinschaft erblickte, dann wäre diese Vorschrift sicherlich schon längst beseitigt. Es ist ja auch klar, daß solch geringfügige Fälle von strafbaren Handlungen im einzelnen Fall nicht unbedingt einen Schaden für die Volksgemeinschaft bedeuten.

Aber auch im Fall der Wahlfeststellung bedeutet die Einstellung des Verfahrens wegen Geringfügigkeit keinen Schaden; steht nämlich die Anwendung des § 2 b RStGB fest, dann kommt sofort auch § 267 b RStPO zur Anwendung. Diese letztere Vorschrift muß unbedingt auch eingehalten werden, wo eine Einstellung des Verfahrens gemäß § 153 RStPO erfolgt. Es ist also zunächst in den Gründen des Einstellungsbeschlusses darzutun, daß A entweder einen Mord begangen hat, oder aber, daß er den Dietrich unter den besonderen Umständen unberechtigterweise verabfolgt hat. Die Tatsachen, aus denen diese Feststellung hervorgeht, sind genau anzugeben; da nun in diesem Fall im Tenor des Urteils nur die Bagatellsache in Erscheinung träte, so will das Gericht dies vermeiden, weil im Fall der Bagatelle die Schuld des Täters gering und die Folgen, jedenfalls nach seiner Voraussicht, nicht groß sein konnten. Freilich sind die wirklichen Folgen der Tat auch in unserem Fall durchaus nicht gering. Allein mit Rücksicht auf die geringe Schuld des Täters und die Unwahrscheinlichkeit des eingetretenen Erfolges, der mit der in auslösenden, bedingenden Handlung nicht in adaequatem Zusammenhang steht, ist jedoch die zu erwartende Strafe sehr gering. Es wird also mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft eingestellt. Es mag nun freilich zugegeben werden, daß gerade im Falle unseres Beispiels die Einstellung nach § 153 RStPO doch gewissen rechtlichen Bedenken begegnen muß; aber immerhin erscheint sie auch in diesem Falle zulässig und es wird sicherlich im praktischen Leben Beispiele geben, bei denen diese Zulässigkeit noch viel offensichtlicher zu Tage tritt.

In einem solchen Fall der Einstellung des Verfahrens nach §153 RStPO unter Anwendung der Vorschrift des § 267 b RStPO ist die gleiche Wirkung erreicht, wie mit einer Verurteilung nach § 2 b, denn der Täter wird nicht freigesprochen und die Feststellung bleibt, daß er eine der beiden Taten unbedingt begangen hat. Mit ihr bleibt auch der Verdacht, daß er möglicherweise die schwerere der beiden Taten vollendet hat. Aber es wird doch der Eindruck der allzu pedantischen Kleinlichkeit des Gerichts vermieden.

Es ist also weder im Gesetz ein Hindernis zu finden, noch widerspricht die Anwendung des § 153 RStPO in solchen Fällen, wo die dem Täter günstigste Möglichkeit eine Bagatellsache darstellt, dem rechtspolitischen Zweck des § 2 b RStGB. Aber es sei nochmals betont, daß die vorliegende Arbeit die Anwendung des § 153 RStPO nur dann für berechtigt hält, wenn die Einstellung auch erfolgen würde bei bestimmter Feststellung der dem Täter günstigsten Tat.

Steht aber damit fest, daß das geltende Recht eine Möglichkeit kennt, wie man in den Fällen völlig verschiedener sittlicher und rechtlicher Bewertung der einzelnen wahlweise festgestellten Tatmöglichkeiten wirksame Abhilfe schaffen kann, dann müßten doch eigentlich die Bedenken gegen § 2 b verschwinden; denn der Richter muß ja nicht in allen Fällen auch eine Wahl v e r u r t e i l u n g treffen.

Es muß aber festgehalten werden am Wortlaut und am Zweck des § 2 b RStGB. Daher darf eine Einstellung des Verfahrens nicht etwa schon dann erfolgen, wenn die mehreren zur Wahl stehenden Tatmöglichkeiten sittlich und rechtlich verschieden zu beurteilen sind. Vielmehr darf das Verfahren nur dann eingestellt werden, wenn bei eindeutiger Feststellung der den Täter günstigsten Tat das Verfahren zweifellos eingestellt werden würde. In den Gründen des Einstellungsbeschlusses ist dabei stets die Vorschrift des § 267 b RStPO entsprechend zu behandeln.

Demgemäß wird auch die Einstellung des Verfahrens nach § 153 RStPO in den echten Fällen der Wahlfeststellung stets nur in der Hauptverhandlung selbst erfolgen dürfen, nicht etwa schon vor derselben, denn nur die Hauptverhandlung kann wirklich ein erschöpfendes Bild geben, daß eine eindeutige Feststellung völlig unmöglich ist, und daß wirklich feststeht, daß der Täter eine von mehreren strafbaren Handlungen begangen hat, wie auch, daß die eine der verschiedenen Möglichkeiten wirklich alle anderen Möglichkeiten ausschließt. Ließe sich nämlich schon vor der Hauptverhandlung die Feststellung treffen, daß nicht festgestellt werden kann, ob der Täter eine Tat ganz bestimmt begangen hat, und, wenn er die eine Tat nicht begangen hat, die andere Alternative vorliegen muß, dann läge lediglich ein Mangel an Beweis und ein Mangel an Verdacht vor. In diesem Falle könnten die vorhandenen Verdachtsgründe nicht ausreichen zu einer Anklage bzw. zu einem Eröffnungsbeschluß, denn es ergäbe sich kein „Hinreichend verdächtig".

§ 15. *Zuständigkeit.*

Hat der Richter geprüft, ob wirklich die Voraussetzungen für eine Verurteilung nach § 2 b RStGB vorliegen, und hat er dies festgestellt, so kann sich für ihn doch ein Zweifel ergeben, ob er denn wirklich zuständig ist; der Richter höherer Ordnung kann sich die Frage vorlegen, ob er zu einem Urteil kommen kann, in dessen Formel ausschließlich ein Delikt erscheint, das nicht zu seiner Zuständigkeit gehört, das Gericht unterer Ordnung kann zweifeln, ob es auch nur wahlweise in den Gründen über das Vorliegen einer strafbaren Handlung entscheiden darf, die seine Zuständigkeit weit überschreitet. In diesen beiden Fällen, wo die Frage nach der Zuständigkeit erst auftritt, wenn die Anwendung des § 2 b RStGB in der Haupt-

verhandlung selbst bereits festgestellt ist, muß auch das Gericht, das mit dem Fall einmal befaßt ist, das Urteil fällen. Dies folgt zwingend aus dem Zweck des § 2 b, der ja nicht nur rein materiell rechtliche, sondern auch prozessuale Bedeutung hat, wie wir schon bei der Frage nach der Tatidentität gesehen haben. Daß das Gericht niederer Ordnung wahlweise auch über den Fall entscheidet, der vor ein Gericht höherer Ordnung gehörte, schadet nicht. Es wird ja nur entschieden, daß die eine oder die andere Tatmöglichkeit vorliegt und daß für beide Fälle eine Reihe von Gründen sprechen, eine eindeutige Entscheidung aber nicht möglich ist; außerdem tritt im Tenor ohnehin das Delikt in Erscheinung, das dem Täter günstiger ist, also im Regelfall zur Zuständigkeit des Gerichts niederer Ordnung gehört. die schwerere Tatmöglichkeit erscheint ja ohnehin nur in den Gründen.

Aber auch das Gericht höherer Ordnung kann unbedenklich nach § 2 b entscheiden. Einmal kommt es ja auch sonst häufig vor, daß es über geringere Delikte mit entscheidet, etwa im Fall des Fortsetzungszusammenhangs oder der Idealkonkurrenz, andererseits spricht für die Möglichkeit des zur Zuständigkeit des Gerichts gehörenden schwereren Delikts noch eine so große Wahrscheinlichkeit, daß der Täter sich nicht darüber beschweren kann, wenn er etwa um eine Instanz verkürzt wird. Auch bei der Zuständigkeit ist ja davon auszugehen, daß die Anwendung des § 2 b nur mangels eines — glaubwürdigen — Geständnisses überhaupt auftritt. Ist aber das Vorliegen einer strafbaren Handlung bewiesen, was ja Voraussetzung für die Anwendung des § 2 b RStGB nach wie vor bleibt, und legt der Täter kein Geständnis ab oder verdient dieses nach den Umständen des Falles keinen Glauben, so kann sich der Angeklagte bestimmt nicht darüber beschweren, daß das Gericht höherer Ordnung überhaupt entscheidet; denn es tritt ja doch nur die ihm günstigste Möglichkeit im Urteilssatz und im Strafausmaß in Erscheinung.

Wo aber die Anklage bereits alternativ gefaßt ist, da ist die Zuständigkeit grundsätzlich dem Gericht niedrigerer Ordnung zuzusprechen [44]). Neben der Verhütung einer zu großen Belastung der Gerichte höherer Ordnung spricht für diese Lösung vor allem der Umstand, daß im Tenor die dem Täter günstigste Möglichkeit erscheint und daß diese eben zur Zuständigkeit des Gerichts niedrigerer Ordnung gehört. Trifft freilich das Gericht dann eine eindeutige Entscheidung trotz alternativer Fassung der Anklage und des Eröffnungsbeschlusses, so kann es eindeutig nur wegen des zu seiner Zuständigkeit gehörenden Delikts verurteilen. In den Gründen ist dann gemäß § 267 b Abs. III darzutun, warum das schwerere Delikt als nicht vorliegend festgestellt wurde. Glaubt aber das Gericht unterer Ordnung zu der eindeutigen Feststellung des schwereren Delikts kommen zu müssen, dann darf es zunächst auf keinen Fall eine Verurteilung wegen des schwereren Delikts aussprechen; denn dieses gehört

[44]) Vgl. Hauck a. a. O., S. 50 ff.

auf keinen Fall zu seiner Zuständigkeit. Es darf aber in diesem Fall nicht einmal wegen des leichteren Delikts freisprechen, vielmehr ist die g a n z e Sache an das Gericht höherer Ordnung zu verweisen. In diesem Fall würde nämlich ein Freispruch, verbunden mit der Feststellung in den Gründen, daß alternativ der eine oder der andere Fall vorliegen müsse, und daß der eine Fall bestimmt nicht vorliege, praktisch ein Vorgreifen gegenüber dem Gericht höherer Ordnung darstellen. Dieses muß unter allen Umständen selbständig entscheiden, ob der schwerere Fall auch wirklich ganz bestimmt vorliegt. Der Freispruch des Gerichts niedrigerer Ordnung für den leichteren Fall, im Zusammenhalt mit dem alternativ gefaßten Eröffnungsbeschluß und mit der Feststellung in den Gründen, daß der leichtere Fall nicht vorliegt und somit der schwerere Fall gegeben sein muß, bedeutete hier eine Vorwegnahme der Entscheidung, die nur das Gericht höherer Ordnung treffen darf.

Obwohl also unter besonderen Umständen das Gericht niederer Ordnung an das Gericht höherer Ordnung verweisen muß, ohne überhaupt eine Entscheidung treffen zu dürfen, steht der Verfasser doch auf dem Standpunkt, daß grundsätzlich bei Alternativanklagen das Gericht niedererer Ordnung zuständig ist[45]). Das Gesetz steht dieser Lösung nicht entgegen und den Richtern höherer Ordnung kann nicht zugemutet werden, sich von vornherein mit den Fällen zu befassen, bei denen wahrscheinlich ein geringeres Delikt im Tenor in Erscheinung treten und eine geringe Strafe auszusprechen sein wird.

§ 16. *Der Urteilssatz.*

„Trifft das Gericht eine Wahlfeststellung (§ 2 b des Strafgesetzbuchs), so ist der Angeklagte in der Formel nur der Verletzung des anzuwendenden Strafgesetzes schuldig zu sprechen“ [46]).

Nach dem Willen des Gesetzes ist also der Urteilssatz eindeutig zu fassen. Die Gründe sind hauptsächlich zu suchen in der Wucht der eindeutigen Schuldfeststellung gegenüber dem etwas abgeschwächten Eindruck einer wahlweise getroffenen Feststellung. Es ist also der Schuldausspruch eindeutig, dagegen ist bei Anführung der Gesetzesbestimmungen schon im Urteilssatz auch § 2 b anzuführen, und ebenso die Gesetzesbestimmung, welche alternativ als verletzt in Frage kommt, denn das angewendete Gesetz wird ja nur wegen § 2 b RStGB angewendet und wegen der Alternativität mit den besonderen, in den einzelnen möglichen Fällen verletzten anderen Strafgesetzen.

Entscheidend für die Fassung der Urteilsformel ist gemäß § 2 b RStGB das „mildeste Gesetz“.

---

[45]) Vgl. dagegen Dohna a. a. O., S. 588.

[46]) § 267 b Abs. I RStPO i. d. F. v. 28. 6. 1935.

§ 17. *Das mildeste Gesetz.*

Bei der Wahlfeststellung können, wie gesehen, die allerverschiedensten Fälle miteinander zusammentreffen; es kann die sittliche und rechtliche Bewertung der einzelnen Fälle grundverschieden sein. Wollte man also von dem rein äußeren Strafrahmen der einzelnen Strafgesetze ausgehen, so wären in besonders gelagerten Fällen sicherlich Ungerechtigkeiten möglich. Dieser Tatsache hat das Reichsgericht eingehend Rechnung getragen, in dem es etwa folgende Regel aufstellte: Nicht aus der gesetzlichen Strafdrohung allein, dem in ihr aufgestellten Höchst- und Mindestbetrag, auch nicht auf Grund eines Zusammenhalts mit gesetzlich vorgesehenen Verfahrensvoraussetzungen, Strafausschließungs- und Minderungsgründen, kann die Frage nach dem mildesten Gesetz bestimmt werden; vielmehr ist festzustellen, welche Strafe im gegebenen Fall angemessen wäre, wenn zweifelsfrei eindeutig die eine Handlung, und welche Strafe, wenn zweifelsfrei eindeutig die andere Handlung nachgewiesen erscheine [47]).

Die gleiche Entscheidung hat das Reichsgericht für den Fall einer Wahlfeststellung getroffen, wobei die eine Alternative nicht schon deshalb als mildestes Gesetz erscheint, weil im Falle ihres Vorliegens mildernde Umstände in Frage kommen können, daß z. B. mehrere Handlungen in Alternativkonkurrenz stehen und daß eine von ihnen als fortgesetzte Handlung wiederum in Idealkonkurrenz steht [48]).

In diesen Fällen muß also genau geprüft werden, welche Strafe in dem einzelnen bestimmten Fall verwirklicht wäre, läge dieser Fall als ganz fest bewiesen vor. Mag nun diese dem Täter günstigste Möglichkeit eine noch so geringe Strafe verdienen, der Richter darf sich nicht dadurch zur Festsetzung einer höheren Strafe im Falle des § 2 b RStGB verleiten lassen, daß er etwa die andere wahlweise festgestellte schwerere Möglichkeit irgendwie mit in Erwägung zieht. In diesem Fall würde er ja eine ausgesprochene Verdachtsstrafe verhängen. Dadurch wird klar, welch großes Verdienst sich das Reichsgericht um die Reinhaltung der Rechtspflege von jeder Art von Verdachtsstrafe erworben hat, durch die klare und unbeugsame Einhaltung der Grundsätze von der Individual-Abwägung der verwirkten Einzelstrafen im Fall der Wahlfeststellung. Würde man nämlich nur die gesetzlichen Strafdrohungen ins Auge fassen, dann wäre die Gefahr viel größer, daß etwa unter Berücksichtigung der schwereren alternativen Tatmöglichkeit auch im Falle der Anwendung des mildesten Gesetzes doch bei der Strafzumessung im Rahmen dieses mildesten Gesetzes eine höhere Strafe ausgesprochen werden könnte, als sie im einzelnen Lebensfall angemessen ist, unter der Voraussetzung, daß dieser Fall eindeutig festgestellt wird.

---

[47]) RG, in JW 1935 S. 1740, JW 1936 S. 2993; Vgl. auch Hauck a. a. O., S. 57 ff., E. Schäfer-Dohnanyi a. a. O., S. 195 Anm. 3 zu § 2 b; Friedrich Schwarz a. a. O., S. 46 ff.

[48]) DJ 1936 S. 1373.

§ 18. *Das mildeste Gesetz und die Teilnahme.*

Die Frage nach dem mildesten Gesetz gewinnt an Bedeutung besonders, wenn mehrere Personen an den verschiedenen wahlweise festgestellten Taten beteiligt sind. Es kann sein, daß festgestellt ist, daß für den A die Annahme der Tat I die günstigste Möglichkeit bedeutet, für den B aber die Annahme der Tat II. B ist Gehilfe, A ist Täter. Hier ist im Urteilssatz auszusprechen, daß A schuldig ist, die Tat I begangen zu haben und daß B schuldig ist, Beihilfe zur Tat II begangen zu haben. Nach dem Urteilssatz ist also scheinbar der Grundsatz der Akzessorietät der Teilnahme durchbrochen. Allein dies ist nur scheinbar der Fall; denn es kommt ja schon im Urteilssatz selbst zum Ausdruck, daß § 2 b angewendet wurde; auch in diesem Fall ist also — besonders aus den Gründen — jederzeit ersichtlich, daß die Akzessorietät der Teilnahme gewahrt blieb [49]).

§ 19. *Das mildeste Strafgesetz und der Rückfall.*

Ist bei einer Entscheidung nach § 2 b RStGB selbst schon die Wahl zwischen mehreren Delikten, von denen eines als Rückfallsdelikt in Frage käme, gegeben, so kann kein Zweifel sein, daß bei der Frage nach dem mildesten Gesetz der schon vorliegende Rückfall Berücksichtigung finden muß.

Wie aber, wenn zwar im Fall eines Urteils nach § 2 b RStGB noch kein Rückfall vorliegt, wenn aber ein Delikt zur Wahl steht, bei dem ein s p ä t e r e r Rückfall möglich ist? Hier ist zunächst davon auszugehen, daß das Gericht zu entscheiden hat, welche Tat unter den v o r l i e g e n d e n Umständen eine günstigere Strafzumessung verdient. Das Gericht hat aber nicht Umstände zu berücksichtigen, die künftig erst möglich sind; noch dazu ist hier der Eintritt des Rückfalls auch in der Zukunft nur dann zu befürchten, wenn der Angeklagte sich wieder strafbar macht. Es ist aber wirklich etwas viel verlangt, soll der Richter, der nach § 2 b entscheidet, um den Angeklagten nicht durch die Maschen des Gesetzes schlüpfen zu lassen, gleich schon für künftige Fälle strafbarer Handlungen dem Angeklagten den Weg ebnen zu einer künftigen milderen Strafe, und das wohl im Zeitalter der Sicherungsverwahrung und Vorbeugungshaft!

Aber auch ein anderer Grund spricht dagegen: Im Tenor des Strafurteiles kommt bereits zum Ausdruck, daß die Verurteilung nach § 2 b und w e g e n § 2 b erfolgt; und es tritt ferner das andere, wahlweise als verletzt festgestellte Strafgesetz in Erscheinung. Wie wir sehen werden, ist eine materielle Rechtskraft des Urteils nur möglich bezüglich des Strafausspruchs und bezüglich der Alternativität zwischen den mehreren Möglichkeiten a n s i c h, nicht aber ist etwa durch den Urteilssatz auch die in ihm scheinbar schon eindeutig zum

[49]) Vgl. RG in JW 1936 S. 193 Nr. 18.

Ausdruck kommende Straftat materiell rechtskräftig als vorliegend festgestellt. Daher ist auch eine rechtskräftig nach § 2 b RStGB erfolgte Verurteilung völlig ungeeignet, einen Rückfall überhaupt zu begründen. Das ist ja gerade das Wesen der Verurteilung auf Grund § 2 b RStGB, daß eine Bestrafung erfolgt, obwohl keine eindeutige Feststellung möglich ist; daher kann das im Urteilssatz beim Strafausspruch angewandte Gesetz nur angewandt sein, aber seine Verletzung ist nicht festgestellt. Wenn aber für den Angeklagten eine Berücksichtigung des Urteils nach § 2 b bei einem künftigen Rückfall garnicht möglich ist, dann bedarf es auch nicht der Berücksichtigung einer künftigen Rückfallsmöglichkeit bei der Findung des mildesten Gesetzes [50]).

§ 20. *Rückwirkung des* § 2 b *RStGB.*

An sich wirkt die Vorschrift des § 2 b nicht zurück auf die Zeit vom 1. September 1935, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Strafrechtsnovelle vom 28. Juni 1935. Allein, wie schon angedeutet, ist kraft Durchsetzung des nationalsozialistischen Rechtsgedankens auf dem Gebiet des Strafrechts und Strafprozeßrechts die Wahlfeststellung auch für Delikte, welche vor dem 1. September 1935 begangen wurden, als unbeschränkt zulässig anzuerkennen [51]).

§ 21. *Die Urteilsgründe.*

§ 267 b Abs. II bestimmt:

„Die Urteilsgründe müssen angeben, welche Gesetze als verletzt in Frage kommen. Die Tatsachen, welche den Verstoß ergeben, sind festzustellen; es ist darzutun, weshalb eine eindeutige Feststellung nicht möglich ist".

Das Gesetz verlangt also, daß ganz genaue Feststellungen getroffen werden, soweit dies überhaupt möglich ist, und daß ebenfalls festgestellt wird, warum keine völlig eindeutige Feststellung möglich ist. Hier haben wir es also mit einem ausdrücklichen Schutz gegen jede noch so leichte Art von Verdachtsstrafen zu tun; dies ist nicht nur aus rechtspolitischen Gründen erwünscht, weil dem Rechtsstaat die Verdachtsstrafe jeder Art verpönt ist und bleibt, vielmehr ist die erklärte Darstellung der Urteilsgründe vor allem deshalb unerläßlich, weil, wie wir noch sehen werden, die Rechtskraft nicht nur das in der Urteilsformel als verletzt angegebene Strafgesetz erfaßt, sondern vor allem die Tatsache, daß eine Wahlfeststellung

---

[50]) anders, auf Grund anderer Anschauungen über die materielle Rechtskraft des im Urteilssatz ausgesprochenen Delikts, Hauck a. a. O., S. 60 ff.

[51]) Vgl. die Entsch. des 1. Str. Sen. des RG in JW 1936 S. 193, Nr. 18, RGStr. 70, 42.

vorliegt und zwischen welchen Delikten sie vorgenommen wurde. Letzteres kann aber nur aus den Gründen ersehen werden, sodaß auf die sorgfältige Ausarbeitung der Gründe das Gesetz selbst allergrößten Wert legt.

Aus den gleichen Gesichtspunkten heraus hat das Gesetz auch den anderen Fall geregelt, daß nämlich das Gericht entgegen einem in der Hauptverhandlung gestellten Antrag keine Wahlfeststellung trifft, sondern eindeutig aburteilt oder freispricht; hier bestimmt § 267 b Abs. III:

„Sieht das Gericht entgegen einem in der Hauptverhandlung gestellten Antrag von einer Wahlfeststellung ab, so müssen die Gründe dafür dargelegt werden".

§ 22. *Die Rechtskraft des Urteils.*

Die Rechtskraft im formellen Sinn bedeutet, daß ein anderes Strafgericht über die Tat, wie sie Gegenstand des rechtskräftigen Urteils ist, nicht mehr anders entscheiden darf, d. h., daß kein Rechtsmittel mehr gegeben ist, das Urteil zu beseitigen oder auch abzuändern.

Im materiellen Sinn bedeutet die Rechtskraft, daß die im Urteil festgestellte Tat wirklich als begangen angesehen werden muß und daß die ausgesprochene Strafe als verwirkt zu betrachten ist.

Das Wesen der Wahlfeststellung liegt gerade darin, daß nur festgestellt werden kann, daß die eine von mehreren einander ausschließenden Taten begangen wurde, und daß gleichzeitig festgestellt wird, daß keine der Taten wirklich eindeutig festgestellt werden kann[52]).

In allen Urteilen, die nach § 2 b RStGB ergehen, — man erkennt sie bereits an der Urteilsformel, in der § 2 b erscheinen muß, — ist also lediglich festgestellt, daß eine von mehreren Taten wirklich vorliegt, und daß keine der wahlweise festgestellten Taten wirklich als eindeutig begangen festgestellt werden kann. Diese beiden Seiten der Wahlfeststellung, die positive, — eine von mehreren Straftaten ist sicher begangen — und die negative, — keine der Straftaten kann eindeutig als vorliegend festgestellt werden, — bilden als Ganzes den Gegenstand der Rechtskraft.

Ist also ein Rechtsmittel nicht gegeben, also im Fall der formellen Rechtskraft, so darf ein anderes Strafgericht nicht etwa entscheiden, daß eine Tat wirklich vorliegt, oder daß die andere Tat vorliegt und umgekehrt. Ja, es darf auch kein Strafgericht mehr entscheiden, daß etwa eine straflose Möglichkeit neben den wahlweise festgestellten Straftaten vorhanden ist.

---

[52]) § 2 b RStGB und § 267 b RStPO i. d. F. vom 28. 6. 1935.

Kraft Konsumtion der Strafklage gilt das gleiche für die Anklage: Es darf weder wegen des einen, noch wegen des anderen Delikts eine Anklage mehr erfolgen.

Materiell bedeutet die Rechtskraft bei der Wahlfeststellung: Es ist als erwiesen anzusehen, daß eine von mehreren, wahlweise festgestellten Straftaten sicher begangen wurde, und es ist ferner als erwiesen anzusehen, daß keine der Straftaten als sicher begangen nachgewiesen werden kann. Das allein kann dem Sinn des § 2 b RStGB und des § 267 b RStPO entsprechen.

Die materielle Rechtskraft bedeutet ferner, daß die in der Urteilsformel ausgesprochene Strafe wirklich eindeutig verwirkt ist. Dies und nur dies geht aus der Vorschrift des § 267 b Abs. I RStPO und des § 2 b RStGB hervor. Die Feststellung der Straftaten ist alternativ, die Strafe selbst ist eindeutig. Dies ist ja auch der innere Grund, warum des öfteren der Wunsch laut wurde, man möge auch die Formel alternativ fassen.

Falsch wäre es jedoch, die materielle Rechtskraft auf das in der Formel genannte Delikt zu beziehen; denn die Formel nennt das Delikt nur wegen der aus ihm zu bestimmenden Strafe, und nennt ja daneben den § 2 b. Das Gesetz will doch nicht in den alten Fehler aus den Zeiten der Unzulässigkeit der Wahlfeststellung verfallen, daß mangels eindeutiger Feststellung einfach zwangsweise ein Delikt als feststehend betrachtet und die anderen als nicht vorhanden angesehen werden sollen; vielmehr will das Gesetz, daß die Wahlfeststellung als solche Gegenstand des Urteils ist. Und die Wahlfeststellung als solche soll auch allein und in ihrer Eigenschaft als Wahlfeststellung rechtskräftig werden. Die Nennung eines eindeutigen Delikts in der Formel stellt eine der auch sonst häufigen Fiktionen dar, mit dem Zweck, eine ganz bestimmte Wirkung nach außen zu erzielen, nämlich den starken Eindruck des eindeutigen Urteilsspruches.

Dagegen läßt sich nicht etwa anführen, daß die Gründe eines Urteils der Rechtskraft nicht fähig sein. Auch der Zivilprozeß, z. B. im Falle der Aufrechnung, kennt eine Rechtskraft der Gründe bezüglich der aufrechnungsweise geltend gemachten Forderungen. Außerdem gibt eben aus diesem Grund § 267 b solch strenge Vorschriften für die Abfassung der Urteilsgründe.

§ 23. *Wiederaufnahme des Verfahrens.*

Gerade bei der soeben besprochenen Rechtsnatur der Rechtskraft bei der Wahlfeststellung ist es klar, daß die Wiederaufnahme des Verfahrens in all den Fällen stattfindet, wo sich ein gesetzlicher Wiederaufnahmegrund gegen die Wahlfeststellung als solche anführen läßt. Dies ist stets der Fall, wenn eine von mehreren festgestellten Möglichkeiten sich widerlegen läßt, oder wenn sich eine straflose

Möglichkeit nachweisen läßt. Freilich folgt dies nicht aus der Vorschrift über das mildeste Gesetz, denn diese gilt ja nur für die Strafzumessung, aber nicht auch für die Wiederaufnahme des Verfahrens[53]); es folgt vielmehr aus dem Wesen der Wahlfeststellung an sich. Ist nämlich eine der verschiedenen Möglichkeiten widerlegt, dann fällt die Wahlfeststellung; denn es ist in diesem Fall festgestellt, daß die eine der mehreren Möglichkeiten eindeutig als nicht vorliegend feststeht. Damit steht fest, daß § 2 b RStGB rechtsirrig angewendet wurde. Ebenso liegt der Fall des Nachweises einer straffreien Möglichkeit, weil hier die im Urteil getroffene Feststellung wegfällt, daß die eine von mehreren Deliktsmöglichkeiten unbedingt begangen sein muß.

§ 24. *Amnestie.*

Bei der Amnestie ist ebenso zu verfahren. Ergeht bezüglich einer der wahlweise festgestellten Möglichkeiten ein Straffreiheitsgesetz, so fällt damit, wenn auch nachträglich, die Grundlage für die Wahlfeststellung, und zwar kraft Gesetzes. Hier steht ja ganz sicher fest, daß eine der Möglichkeiten nicht mehr strafbar ist. Damit ist aber nicht nur der Feststellung nach § 2 b RStGB die Grundlage entzogen, es fällt auch die Grundlage weg für die in der Formel gemäß § 2 b RStGB, § 267 b RStPO eindeutig ausgesprochene Strafe, ja sogar diese selbst, denn auch in der Formel des Urteils kommt zum Ausdruck, daß der Angeklagte gemäß § 2 b RStGB, § ....., § ....., zu einer Strafe von ..... verurteilt wird. Es ist also auch hier nicht erst eine analoge Anwendung des Grundsatzes des mildesten Gesetzes nötig; vielmehr fällt die Strafe kraft Gesetzes fort, weil dies in der Rechtsnatur der Wahlverurteilung selbst begründet ist[54]).

§ 25. *Strafregister und Kriminalstatistik.*

Wollte man in das Strafregister oder in die Kriminalstatistik die in der Urteilsformel fingiert eindeutig erscheinende Straftat eintragen, so wäre dies nicht nur unwahr, sondern es verstieße auch gegen das Wesen der Wahlfeststellung; daher ist auch hier anzugeben, daß eine Wahlfeststellung erfolgt ist, und zwischen welchen strafbaren Handlungen die Wahlfeststellung getroffen wurde. Es ist zwar gerade für die Statistik unerfreulich, kein eindeutiges Ergebnis zu besitzen; allein, sie kann nicht besser gestellt werden als die Justiz selbst.

---

[53]) Vgl. dagegen Hauck a. a. O., S. 51 ff.

[54]) Ebenso, aber mit anderer Begründung, Hauck a. a. O., S. 54, a. M., aus der Verkennung der Rechtskraft heraus, E. Schäfer-Dohnanyi a. a. O., S. 195.